ARCHIVIO

DELLA

FONDAZIONE ITALIANA

PER LA

STORIA AMMINISTRATIVA

PRIMA COLLANA

Monografie, ricerche ausiliarie,
opere strumentali.

5

EMILIO BUSSI

STATO E AMMINISTRAZIONE

NEL PENSIERO DI

CARL GOTTLIEB SVAREZ

precettore di Federico Guglielmo III di Prussia.

PER I TIPI DELL'EDITORE DOTT. ANTONINO GIUFFRÈ
MILANO * MCMLXVI

PARTE PRIMA

STATO E AMMINISTRAZIONE

nel pensiero di Carl Gottlieb Svarez.

CAPITOLO PRIMO

Illuminismo e legislazione.

1.

Rispondendo alla domanda: cosa è l'illuminismo? Emmanuel Kant nel 1784 scriveva: «Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Selbstverschuldet ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursache derselben nicht am Mangel des Verstandes, sondern der Entschließung und des Mutes liegt, sich seiner ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Sapere aude! Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen, ist also der Wahlspruch der Aufklärung... Zu dieser Aufklärung aber wird nichts erfordet als die Freiheit» [1].

Anche se Kant non è stato il solo pensatore a spingere l'uomo all'uso della ragione ed anche se non è stato il solo a lasciarci in quella che viene chiamata ‹ Barockliteratur › delle parole chiare intorno alla ‹ Aufklärung › — basta pensare a quanto scrisse in proposito Christoph Martin Wieland [2] —, tuttavia a lui va il merito di aver richiamato l'uomo a riflettere che l'uso della ragione deve essere indipendente dalla direzione altrui, e che all'uopo è condizione essenziale che l'uomo sia libero.

L'aperto, inconciliabile contrasto tra diritto filosofico e diritto storico [3] aveva

1. E. KANT *Beantwortung der Frage: was ist Aufklärung?*, in (EIUSDEM) *Werke* VI (Frankfurt am Main 1964) 53 ss.
2. C. M. WIELAND *Die Aufklärung unserer Zeit*, in M. WIELAND *Sämmtliche Werke* 30 (Leipzig 1857) 6-9.
3. E. BUSSI *Gli indirizzi storici costanti nelle attività di governo*, in «*Rivista di Storia del Diritto Italiano*» 35 (1962).

così inizio, perchè è di tutta evidenza che il principio del ‹ sapere aude › spinge l'uomo appunto a conoscere entro che limiti si giustifichi avanti alla ragione la validità del diritto storico.

È per questa via che la ‹ Aufklärung ›, riallacciandosi a quel variopinto mondo della ‹ Freigeisterei › dei secoli precedenti che è stato bene messo in luce da Fritz Valjavec [4], porta nel campo spirituale alla discussione di quei problemi che veramente stanno ‹ in apicibus ›, come, ad esempio, della libertà di credere.

Allora la libertà di credere era intesa piuttosto nel senso di aspirazione al diritto di poter non credere in alcuna religione; ma, se oggi questo diritto è dappertutto riconosciuto, ciò non significa che siasi veramente fatto un passo avanti, perchè è ben noto che, in molti paesi del mondo, oggidì la libertà di credere ha assunto il preciso significato che la lettera dell'espressione vuole avere, cioè di aspirazione al diritto di poter credere in una fede.

Nello stesso modo, però, la ‹ Aufklärung › portava nella ‹ Staatsgelahrtheit › o ‹ Staatsklugheit ›, cioè nell'arte di governare gli Stati, alla discussione dei più alti problemi di politica, come quello, ad esempio, se sia lecito indurre in errore il popolo, proposto dalla Accademia delle Scienze di Berlino [5]. Il rumore che allora destò il concorso appositamente indetto e la ricca letteratura cui esso dette origine [6], ben si spiega pensando che in tutta la Germania ed anche in

4. F. VALJAVEC *Geschichte der abendländischen Aufklärung* (Wien-München 1961) 62 ss. Cenni biografici su questo significativo rappresentante della moderna storiografia austriaca sono dati dal Dr. Felix VON Schroeder, alla fine del libro (365-369).

5. F. A. M. G. DE CASTILLON - R. Z. BECKER *Dissertation sur la question extraordinaire proposée par l'academie de sciences et de belles lettres de Prusse: est-il utile au peuple d'être trompé? qui ont partagé le prix* (Berlin 1780).

6. M. A. VON WINTERFELD *Prüfung der Castillonschen Preisschrift über Irrthum und Volkstäuschung* (Berlin 1788); R. Z. BECKER *Kann irgendeine Art der Täuschung einem Volke zuträglich seyn?* (Leipzig 1781); R. Z. BECKER *Versuch über die Aufklärung des Landmannes* (Göschen 1785); J. G. GEBHARD *Ob und inwiefern irgendeine Art Täuschung des grossen Haufen zuträglich seyn kann?* (Berlin 1780); J. L. MÜNNICH *Versuch der aufgegebenen Frage zu beantworten: kann irgendeine Art von Täuschung dem Volke zuträglich seyn? welcher das Accessit erhalten hat* (Brandenburg 1781); J. A. EBERHARD *Vorlesungen über die Zeichen der Aufklärung einer Nation* (Halle 1788); H. G. ZERRENNER *Volksaufklärung Uebersicht und freymüthige Darstellung ihrer Hindernisse, nebst einigen Vorschlägen, denselben wirksam abzuhelfen* (Magdeburg 1786); J. N. GRAF VON WINDISCHGRÄTZ *Betrachtungen über verschiedene Gegenstände, worüber man heut zu Tage sehr viel schreibt* (Nürnberg 1787); COOK-CLERKE *Zur beantwortung der Frage: welches sind die besten Mittel, sowohl rohe, als auch gesittete Völker venünftiger zu machen und sie von ihren Irrthümer zu befreyen?* (Berlin 1787-1790); C. G. [C. GOSSLER] *Versuch über das Volk* (Berlin 1787); J. G. KESSEL *Freymüthige Bemerkungen über Hindernisse der Volks-Glückseligkeit in Rücksicht auf Religions- und Sittenverbesserung* (Hildburghausen 1789); J. W. RECHE *Neuer Versuch über die Gränzen der Aufklärung* (Düsseldorf 1789); J. L. EWALD *Uber Volksaufklärung, ihre Gränze und Vortheile* (Berlin 1791); J. L. EWALD *Ist jetzt rathsam, die niedrigen Volksclassen aufzuklären?* (Gera 1811); K. C. Fr. VON BENZEL-STERNAU *Ueber die Verhältnisse der thätigen und leidenden Kraft im Staate zu der Aufklärung: bei Veranlassung der neuesten Unruhen* (Frankfurt am Main 1790); K. L. LACHMANN *Allgemeine Ideen über d. e. jeden besondern Menschenclasse Deutschlands zu wünschende Ausbildung und Aufklärung als Vorarbeit zu einer allgemeinen*

Prussia — proprio in Prussia! — godevasi in fondo di una libertà maggiore di quella che generalmente si crede. Vero è che la tolleranza fridericiana aveva indubbiamente un certo carattere formalistico ben messo in luce da Kant, quando nel 1784 ebbe a dire che il Re « ein wohl diszipliniertes zahlreiches Heer zum Bürgen der öffentlichen Ruhe zu Hand », poteva permettersi di dire: « Räsonniert soviel ihr wollt und worüber ihr wollt: nur gehorcht »! [7].

È probabile tuttavia che Kant qui esagerasse un poco perchè non mancavano, nemmeno ai tempi di Federico II, spiriti indipendenti che sapevano opporsi agli ordini del Re: la storia dei Giudici che decisero la questione del mugnaio Arnold da me altrove ricordata [8] lo dimostra ampiamente; come pure ricorda un dignitoso rifiuto di eseguire ordini ingiusti la lapide di Johann Friedrich Adolph von Marwitz ricordata da Hans Joachim Schoeps nel suo recente bel libro sul-

Schulvebesserungs-Plane (Leipzig 1790); C. F. SANGERHAUSEN *Ueber Verfinsterung und Aufklärung* (Libau 1791); C. MEINER *Ueber wahre, unzeitige und falsche Aufklärung und deren Wirkung* (Hannover 1794); N. VON ROSENSTEIN *Abhandlung über die Aufklärung nach ihrer Beschaffenheit, ihrem Nutzen, und ihrer Nothwendigkeit für den Staat* (Leipzig 1794); J. M. G. TARNOW *Ueber gute Aufklärung und Geistesfreyheit* (sl 1794); K. G. F. GOESS *Ueber Volksaufklärung, ihre Mängel und deren Ursachen* (Fürth 1803); C. L. HAHNZOG *Ueber Volksaufklärung; oder ob es rathsamer sey, dass der Bauer aufgeklärt, oder in seiner bisherigen Cultur erhalten werde; eine polemische Aufgabe für die jetzige Zeit* (Magdeburg 1803); W. A. TELLER *Beytrag zu Hahnzog's Abhandlung über die Aufklärung der Bauern* (Berlin 1804); K. F. MENKE *Ueber die verschiedenen Verhältnisse, welche vorzüglich für die Ausbildung des Volkssthums zu beherzigen sind: ein Buch für die Staats-Beamte* (Leipzig 1804); H. H. CLUDIUS *Von der bey den niederdeutschen freyen Bauern möglichen und nützlichen Bildung, und von den Mitteln sie zu befördern: gezeigt in einem Beispiel des Dorfs Grossenlaffer im Fürstenthum Hildesheim* (Magdeburg 1805); J. GLATZ *Ueber den Wert der Aufklärung bey Regenten, Staatsbeamten und Religionslehrern* (Augsburg 1807); K. VON BONSTETTEN *Ueber Nationalbildung* (Zürich 1802); J. G. FICHTE *Reden an die deutsche Nation* (Berlin 1808); R. B. JACHMANN *Entwurf zur Nationalbildung* (Berlin 1809); J. HILLEBRAND *Ueber Deutschlands Nationalbildung* (Frankfurt am Main 1818); J. J. WAGNER *Religion, Wissenschaft, Kunst und Staat in ihren gegeseitigen Verhältnissen betracht* (Erlangen 1819).

7. E. KANT *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* in (EIUSDEM) *Werke* cit., 55: « Nun höre ich aber von allen Seiten rufen: räsonniert nicht! Der Offizier sagt: räsonniert nicht, sondern exerziert! Der Finanzrat: rasonniert nicht, sondern bezahlt! Der Geistliche: räsonniert nicht sondern glaubt! (Nur ein einziger Herr in der Welt sagt: räsonniert so viel ihr wollt, und worüber ihr wollt; aber gehörcht!). Hier ist überall Einschränkung der Freiheit. Welche Einschränkung aber ist der Aufklärung hinderlich? welche nicht, sondern ihr wohl gar beförderlich? Ich antworte: der oeffentliche Gebrauch seiner Vernunft muss jederzeit frei sein, und der allein kann Aufklärung unter Menschen zu Stande bringen: der Privatgebrauch derselben aber darf öfters sehr enge eingeschränkt sein, ohne doch darum den Fortschritt der Aufklärung sonderlich zu hindern. Ich verstehe aber inter dem oeffentlichen Gebrauch seiner eigenen Vernunft denjenigen, den jemand als Gelehrter von ihr vor dem ganzen Publikum der Leserwelt macht. Den Privatgebrauch nenne ich denjenigen, den er in einem gewissen ihm anvertrauten bürgerlichn Posten, oder Amte, von seiner Vernunft machen darf ». Inserito in tutto il costrutto del discorso kantiano il riferimento a Federico II torna tuttavia, così mi pare, tutto a vantaggio del Gran Re: e questa appunto mi sembra che fosse in sostanza la intenzione di Kant.

8. E. BUSSI *Evoluzione storica dei tipi di Stato* (Cagliari 1954²) 253 e segg.

la Prussia: « Sah Friedrichs Heldenzeit und kämpfte mit ihm in allen seinen Kriegen. Wählte Ungnade, wo Gehorsam nicht Ehre brachte »[9].

D'altro canto la libertà prussiana tanto più merita di essere posta in risalto in quanto non era trascorso molto tempo da che erasi finito di discutere sul punto se fosse conforme o no ai princìpi proprio della ‹ Staatsgelahrtheit ›[10] permettere che il diritto pubblico potesse liberamente insegnarsi e su di esso venissero pubblicati dei libri[11].

La ‹ Aufklärung › tuttavia tendendo per sua natura — come affermava A. Hennings — a « fare più felici, più perfetti e più perspicaci gli uomini, mercè la diffusione di utili verità e di nuove conoscenze »[12] vedeva collimare il suo fine principale, proprio cogli scopi essenziali del ‹ Wohlfahrtstaat ›[13], essendo che « der Endzweck des Staates kann kein andrer seyn als das allgemeine Beste, die Wohlfahrt aller und jeder Familien, die sich solchergestalt mit einander vereinigen, kurz die gemeinschaftliche Glückseligkeit des gesammten Staates »[14].

È ben questa la ragione quindi, per cui, coincidendo i mezzi pratici coi quali viene perseguita la ‹ Aufklärung › con quelli mediante i quali il Principe ricerca la ‹ Wohlfahrt › dei sudditi, tanto vale parlare di ‹ Aufklärung ›, quanto di ‹ Besserung › e di ‹ Bildung ›.

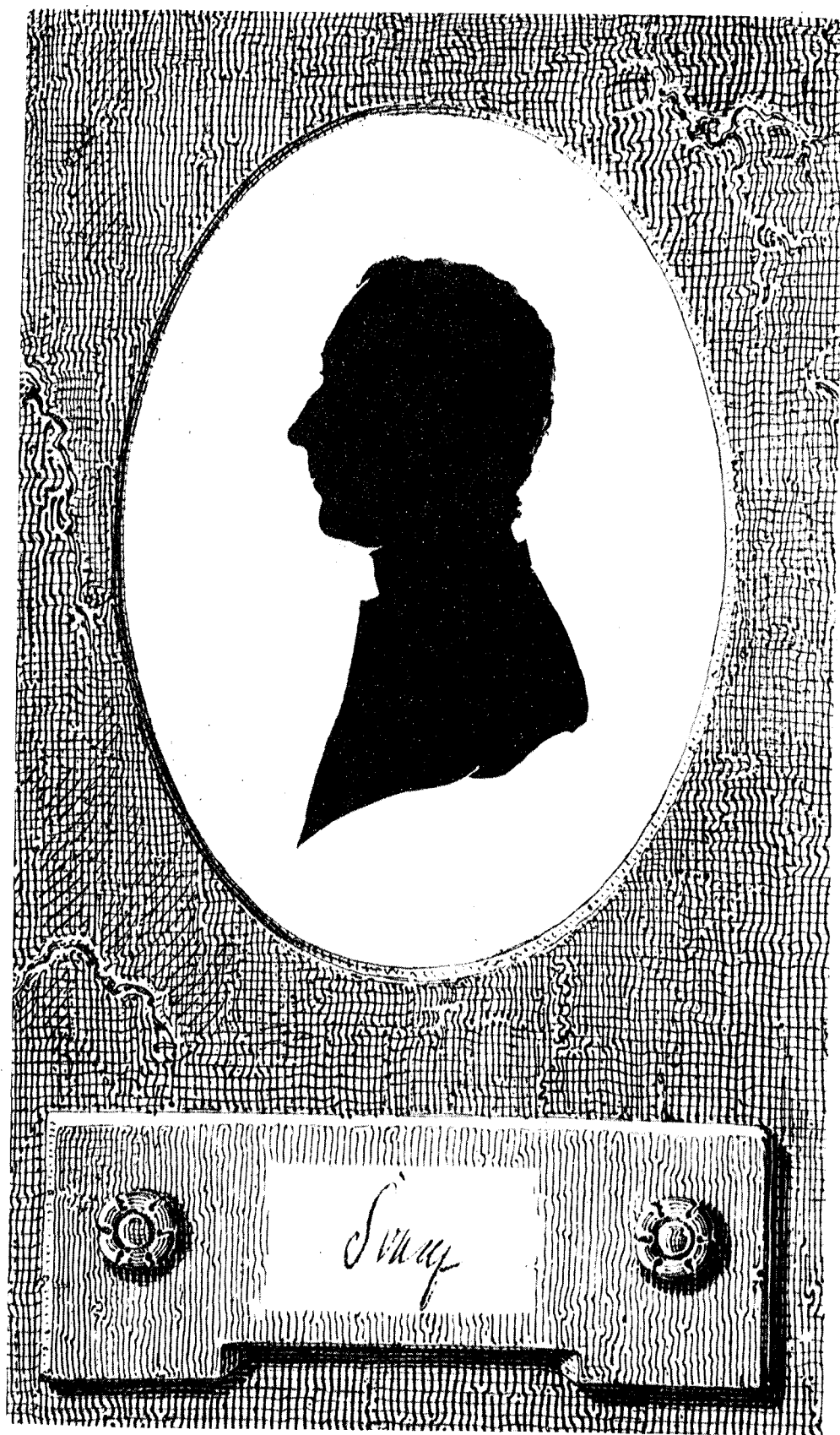
9. H. J. SCHOEPS *Das war Preussen* (Kölln 1961) 143.

10. Sulla ‹ S t a a t s k l u g h e i t ›, cfr. G. SCHUMANN *Dissertatio de doctrina prudentiae civilis publicae in academiis* (Lipsiae 1750); J. J. MOSER *Von der Teutschen Staats-klugheit und deren Lehre*, in « *Wöchentliche Frankfurtische Abhandlungen zur Erweiterung der nothwendigen, brauchbaren und angenehmen Wissenschaften* » I Theil (1-26 Stück) (Frankfurt am Main 1755) 489 ss.; H. G. FRANKE *Dissertatio de fatis politicae imperialis und Programma de culto ac neglecto iterum in academiis studio politico necessariaque illius instauratione* (Lipsiae 1762); J. H. EBERHARDS *Abhandlung von dem Begriffe und der Bearbeitung der Teutschen Staatsklugheit* (Wittenber- und Zerbst 1768); D. NETTELBLADT *Von der Vermischung der Teutschen Staatsgeschichte, Staatskenntniss und Staatsklugheit*, in D. NETTELBLADT *Erörterungen einiger einzelner Lehren des Teutschen Staatsrechts*, I (Halle 1773) 3-23; G. ACHENWALL *Staatsklugheit* (Göttingen 1761, 1763[2]). Alla materia della ‹ Staatsklugheit › appartiene pure, alla fine del XVII secolo, la opera di I. N. HERT *Elementa prudentiae civilis* (Giessen 1690 - Frankfurt 1712).

11. J. P. FELLWINGER *An de jure publico in academiis disputare liceat?* (Francofurti 1652); F. U. PESTEL *Programma juris publici prudentiam in academiis esse docendam* (Rinteln 1721); J. F. VETTER *Warum auf vielen hohen Schulen das jus publicum nicht gründlich gelehrt wird* (Hamm 1756); ANONIMO *Kurze Abhandlung von dem Missbrauche des teutschen Staatsrechts, worin man zugleich die Ursachen des gegenwärtigen Krieges vielleicht nicht undeutlich finden wird* (1760); F. W. PESTEL *Oratio de damnis ex neglectu iuris publici in civitates redundantibus* (Lugduni Batavorum 1763); J. J. MOSER *Gedanken über das neu erfundene vernünftige Staatsrecht des Teutschen Reiches* (Frankfurt 1767); J. J. MOSER *Von der reichsverfassungsmässige Freyheit von Teutschen Staatssachen zu schreiben* (Göttingen und Gotha 1772); J. J. MOSER *Von dem Ansehen der Rechtsgelehrten in Teutschen Staatssachen* (Regenspurg 1773).

12. E. BUSSI *Idee intorno alla libertà di un giuspublicista tedesco del Settecento*, in « *Rivista di Storia del Diritto Italiano* » 30 (1957) 15.

13. Sul ‹ W o h l f a h r t s s t a a t › cfr. E. BUSSI *Evoluzione storica* cit., 217 ss.

14. J. H. G. VON JUSTI *Die Natur und das Wesen der Staaten* (Berlin, Stettin, und Leipzig 1760) 45.

Riproduzione di una ‹ Schattenbild › contenuta in: Svarez *Ein biographisches Fragment*, in «*Jahrbücher der Preussischen Gesetzgebung*» 81 (1833).

2.

Questo ‹ Streben nach die Verbesserung ›, che si manifesta in tutti i rapporti della vita umana, da quello scientifico [15], a quello artistico [16], da quello economi-

15. Si pensi che all'Illuminismo devono la loro vita le Università di Kiel (1665), Innsbruck (1667), Breslau (1702), Halle (1694), Göttingen (1737). Sulla letteratura riguardante le Università e la loro riforma in questa epoca, vedansi: K. A. BÖTTIGER *Ueber die besten Mittel die Studiersucht derer, die zu studieren keinen Beruf haben, zu hemmen* (Leipzig 1787); C. WEILLER *Ueber die Nothwendigkeit den Eintritt in gelehrte Schulen zu erschweren* (München 1803); J. C. KÖNIG *Ueber die Stipendien: Betrachtungen, Wünsche und Bitten* (Nürnberg 1785); J. D. MICHAELIS *Raisonnement über die protestantischen Universitäten* (Frankfurt am Main 1768-1775); J. C. KÖNIG *Gespräche über die Universitäten überhaupt, und über die Frage: ist jede mittelmässige Universität kameralistisch unnütz? besonders* (Nürnberg 1790); K. F. ELSÄSSER *Einige Betrachtungen über akademische Gegenstände* (Stuttgart 1793); H. L. JAKOB *Ueber die Universitäten in Deutschland, besonders in den königlichen Preussischen Staaten, mit ausführlichen Vorschlägen wie sie vom Grund aus verbessert werden können von einem sachkundigen Manne* (Berlin 1798); J. C. FABRICIUS *Ueber Akademieen (Universitäten) insonderheit in Dänemark* (Kopenhagen 1800); C. MEINER *Ueber die Verfassung und die Verwaltung deutscher Universitäten* (Göttingen 1801-1802); J. B. ERHARD *Ueber die Einrichtung der hohen Lehranstalten* (Berlin 1802); F. B. WEBER *Versuch über die Einrichtung der Universitäten* (Berlin 1805); F. SCHLEIERMACHER *Gelegentliche Gedanken über Universitäten im deutschen Sinn* (Berlin 1808); J. H. TITTMANN *De rebus academicis epistola* (Leipzig 1808); K. WILLERS *Coup d'oeil sur les Universités et le mode d'instruction publique de l'Allemagne protestante: en particulier du Roy de Westphalie* (Cassel 1808); K. WILLERS *Ueber die Universitäten und oeffentlichen Unterrichtsanstalten im protestantischen Deutschland, insbesondere im Königreich Westphalen* (Lübeck 1808); L. WACHLER *Ueber Universitäten nach Schleiermacher, Villers und Tittmann* (Marburg 1808); H. STEFFENS *Ueber die Idee der Universitäten* (Berlin 1808); K. F. Fd. BUCHER *Einige Worte über das Wesen einiger Universitäten und über das Studium und Leben auf derselben* (Erlangen 1818); W. T. KRUG *Ueber deutsches Universitätswesen, mit Rücksicht auf Kotzebue's literarisches Wochenblatt und gewaltsamen Tod* (Leipzig 1819); L. DE MAREES *Ueber Kotzebue's Ermordung und deren Veranlassung mit Bemerkungen über Deutschland's Universitäten und Gemeinwesen* (Dessau 1819); J. C. F. MEISTER *Auch ein paar Worte zu den Tagesgespräche über Universitäten und beyläufig ein Wort für die Universität Frankfurt an dem Oder* (Frankfurt a.O. 1809); C. U. D. VON EGGER *Keine Universität in Berlin* (Schleswig-Felnsburg 1809) ‹si tratta di alcuni scritti anonimi sopra questa Università, prima della sua fondazione›; K. S. ZACHARIÄ *Für die Erhaltung der Universität Heidelberg. Im Namen der Universität* (Heidelberg 1807); K. VON ROTTECK *Für die Erhaltung der Universität Freyburg. Auf Antrag des Protectors und Consistoriums geschrieben* (Freyburg 1817); C. A. VON SECKENDORF *Sollen die akademischen Gerichte noch ferner in ihrer jetzigen Verfassung gelassen werden?* (Leipzig 1799); K. A. CÄSAR *Gedanken über die Nothwendigkeit der akademischen Gerichtsbarkeit, und über einige anderen mit dieser Frage verwandte Gegestände; mit einem Schreiben an den Verfasser des Schreibens: Sollen die Akademischen Gerichte u.s.w.* (Leipzig 1800); L. H. VON JAKOB *Ueber Freyheit und Disziplin mit besonderem Rücksicht auf Preussischen Universitäten erwogen* (Leipzig 1819); K. L. M. MÜLLER *Ueber Ehre und Freyheit, zunächst den Studierenden auf deutschen Universitäten z. Beherz. empfohlen* (Leipzig 1819); J. L. HAUPT *Landsmannschaft und Burschenschaft, oder über gesell. Verhältnisse der Studierenden und so weiter mit Urkunden* (Leipzig 1820); J. VON YELIN *Die Akademien der Wissenschaften und ihre Gegner* (Mümchen 1822).

16. K. VON DALBERG *Perikles über den Einfluss der schönen Künste auf das öffentliche Glück* (Gotha 1806); H. C. GENELLI *Idee einer Akademie der bildenden Künste* (Braunschweig 1800); K.

co[17] a quello militare[18], da quello degli ‹ Stände ›[19] a quello delle classi sociali[20], non poteva venire portato sul terreno della pratica realtà se non a mezzo di norme e di istituzioni di polizia ‹ Polizey-Vorschriften › e ‹ Polizey-Anstalten › ovvero mediante norme di legge.

La materia legislativa[21] veniva di conseguenza fatta oggetto di esame da parte degli ‹ Aufklärer › sotto un duplice profilo: in primo luogo come un ‹ Wesen ›, cioè come una realtà particolare suscettibile di riforma e di miglioramento, ed in secondo luogo come specifica attività di governo, cioè come strumento necessario per introdurre in altri campi quelle innovazioni che il lume della ragione faceva evidenti.

> « La ‹ Aufklärung › — dice a questo punto il Valjavec — è convinta della esistenza in genere di buone leggi. Per l'illuminista tutto è determinato per mezzo di leggi: l'universo, la vita statale e quella sociale, ond'è che si tratta di scoprire queste leggi, se per caso esse non sono conosciute. Questa concezione conferì alla scienza giuridica un particolare onore avanti agli occhi degli Illuministi. Se infatti le leggi possedevano in via generale tanto significato, esse dovevano pure essere della più grande importanza nella vita della società. La ‹ Aufklärung › sospinse perciò alla ricerca di ‹ buone leggi › e si ripromise da esse la più utile efficacia

F. von Wiebeking *Vier Abhandlungen über den Einfluss der Bauwissenschaft auf das allgemeine Wohl* (München 1817-1818); T. A. Leger *De architectura reipublicae utilissima* (Heidelberg 1822); J. A. P. Schulze *Gedanken über den Einfluss der Musik auf die Bildung eines Volkes, und über deren Einführung in den Schulen der königlichen Staaten* (Kopenhagen 1790); L. M. Reveillière Lepeaux *Betrachtungen über das Gottesdienst, bürgerlichen Gebräuche, und Nationalfeste* (Hamburg 1797).

17. Vedansi a questo proposito le opere di storia della economia ricordate da E. Bussi *Stato, Sudditi, e Sovrano nei giuristi tedeschi del XVIII Secolo*, in « *Studi Economico-Giuridici dell'Istituto di scienze economiche giuridiche e politiche della Università di Cagliari* » (1955-1956) 13-14 e quivi note 36-38.

18. J. V. B. Neumann *Vorschläge zur Beförderung bürgerlichen Wohlstandes im gemeinen Militair, hauptsächlich in Hinsicht auf Verpflegung der Soldatenkinder und Versorgung der Invaliden* (Berlin 1790); C. A. von Rumpler *Ueber die körperliche Strafe im Militair* (Nurnberg 1808); J. G. Seume *Ueber Bewaffnung* (Leipzig 1804). Sulla letteratura di questa epoca riguardante il ‹ Kriegs- und Heerwesen › vedansi: J. S. Puetter *Litteratur des Teutschen Staatsrecht* III (Göttingen 1781) 335-338, 485, 646. Vedasi pure: J. S. Ersch - J. C. Koppe *Litteratur der Jurisprudenz und Politik* (Leipzig 1823) Parte II nn. 739-744.

19. Per la bibliografia su questo punto cfr. Ersch - Koppe *Ibid.* Parte II nn. 1651-1719.

20. Per la bibliografia su questo punto cfr. Ersch - Koppe *Ibid.* Parte II nn. 1649-1650.

21. Con questa espressione mi riferisco in via generale al potere di emanare norme di condotta, siano esse ‹ Rechtsvorschriften › o ‹ Polizeivorschriften ›, senza distinzione, cioè, tra legge ed ordinanza. La importanza della distinzione — come ben sa chi ha letto i miei lavori — stava in ciò, che le norme di polizia, cioè di amministrazione, non erano norme di legge, ond'è che i Tribunali all'inizio non avevano il potere di conoscerle, nè di applicarle, nè di giudicare delle conseguenze derivanti dalla loro applicazione. Cfr. E. Bussi *Evoluzione storica* cit., 230 ss.

per il bene della umanità. Ordine e sicurezza nella vita della società costituiscono per l'Illuminista un indispensabile presupposto per la realizzazione dei suoi fini »[22]. Sulla legislazione in sè e per sè cioè ‹ als eigenes Wesen › l'Illuminismo agì in maniera vistosa portando fra l'altro alla abolizione della pena di morte[23], alla scomparsa della tortura[24], alla

22. F. VALJAVEC *Geschichte* cit., 294.

23. Per il pensiero di J. von Sonnenfels, sulla pena di morte, cfr. E. BUSSI *I Principi di governo nello Stato di Polizia*, in « *Rivista di diritto pubblico* » (1954) 810-811, 810 nota 22. Anche prima del XVIII secolo la dottrina aveva discusso sulla opportunità della pena di morte. Basti vedere per esempio: W. CHRIST *Oratio utrum melius sit sontes et capitis reos capitali supplicio adficere, an ad perpetua opera publica damnare?* (Reyphenburg 1612); J. WAECHTLER *Dissertatio de jure vitae et necis* (Vitebonae 1665); J. J. ZENTGRAV *Dissertatio de jure vitae et necis* (Argentorati 1677); J. V. BECHMANN *De delictis poena gladii coercendis* (Jenae 1677); D. A. HENRICI *Dissertatio de poena decollationis* (Lipsiae 1680); D. G. KRÜGER *Dissertatio de jure vitae et necis* (Halae 1736); J. W. LANGE *Epistula de jure vitae et necis utrum illud ex verbis Exod. XXI,* 20. 21, *effici conflarique possit nec ne?* (Halae 1736); J. G. ESTOR *Dissertatio commentum theologorum evangelicorum haud esse doctrinam de poena capitali homicidis necessario infligenda* (Marburg 1747); C. F. SCHOTT *Dissertatio de genuino fonte iuris et necis* (Tübingen 1756); C. H. BREVNING *Dissertatio de iure vitae et necis principis ex rationibus iuris publici universalis* (Lipsiae 1774); A. E. ROSSMANN *Schlusschrift für die Abhandlung von der Verbindlichkeit eines Verbrechers zu Leibes- und Lebensstrafen* (Halle 1741); V. BARKHAUSEN *Abhandlung über die Todesstrafen,* in « *Teutsches Museum* » (1776); H. L. JACOBI *Versuch einer Apologie der Todesstrafen* (Lemgo 1776); J. F. RUNDE *Vertheidigung der Rechtsmässigkeit der Todesstrafen aus Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechtes* (Cassel 1777); J. J. CELLA *Ob es zweckmässig und erlaubt sey die Todesstrafe durch qualvolle Arten der Hinrichtung zu schärfen?* (Giessen 1794); B. RUSH *Untersuchung der Wirkungen öffentlichen Strafen auf den Verbrecher und auf die Gesellschaft* (Leipzig 1792) ‹dall'inglese›; J. L. E. PÜTTMANN *Ueber die Vollstreckung der peinlichen Strafen* (Leipzig 1792); G. S. STEINBART *Ist es rathsam, Missethäter durch Geistliche zum Tod vorbereiten und zur Einrichtung begleiten zu lassen?* (Züllichau 1796); H. H. F. VON ECKER und VON ECKHOFEN *Freymüthige Meynungen über die Schrift: Ueber die Gewohnheit Missethäter durch Prediger zur Hinrichtung begleiten zu lassen u.s.v.* (Hamburg 1784); L. S. Jaspis *Beantwortung der Frage: Ist es Recht, dass die Geistliche die Delinquenten zum Schaffot führen* (Dresden 1821).

24. Sulla azione svolta da von Sonnenfels per la abolizione della pena di morte e della tortura, cfr. E. BUSSI *I principi di governo* cit., 810. Vedasi inoltre: J. C. GRÄFF *Versuch einer Geschichte der Criminal-Gesetzgebung, der Land- und Banngerichte, Torturen, Urfehden auch des Hexen- und Zauberwesen in die Steyermark* (Grätz 1801); K. F. GERSTLACHER *Commentarium de quaestionibus per tormenta* (Strassburg 1753); C. U. GRUPEN *Observationes iuris criminalis de applicatione tormentorum et de tormentis Romanorum et Graecorum insbesondere in Schnüren-Anfang und in vollen Schnüren* (Hannover 1754); J. L. BANNIZA *Disquisitio de tortura* (Wien 1774); J. F. REITEMEIER *De origine et ratione quaestionis per tormenta apud Graecos et Romanos* (Göttingen 1782); E. C. WESTPHAL *Die Tortur der Griechen, Römer und Deutschen; eine zusammenhängende Erklärung der davon redenden Gesetze* (Leipzig 1785); G. W. BÖHMER *Ueber die Folter* (Weimar 1819). Tra le pubblicazioni che di recente hanno visto la luce su questo argomento, meritano di essere ricordate: C. THOMASIUS *Ueber die Folter.* Testo latino e traduzione tedesca di Rolf Liebewirth (Weimar 1960) ‹L'opera viene introdotta da una trattazione sull'accoglimento della tortura nel processo penale tedesco del medioevo che è il pretesto per il traduttore per descrivere l'ambiente di Thomasius, e riassumere la storia della tortura›. Vedasi inoltre: A. MELLOR *La Torture, son histoire son abolition, sa réapparition au XX siècle* (1961).

scomparsa dei processi alle streghe[25], alla formulazione di leggi chiare, concise ed a tutti comprensibili.

Sulla legislazione come strumento la ‹ Aufklärung › agì in modo non meno decisivo portando, per esempio, alla semplificazione del processo sia penale sia civile, alla formazione di codici che sostituissero le molteplici, discordanti ed antiquate leggi sin'allora esistenti, nonchè al perfezionamento degli istituti di polizia[26] intesa questa tanto come ‹ Wohlfahrt › quanto come ‹ Sicherheitspolizei ›[27] ».

3.

Al rinnovato interesse per gli studi di giurisprudenza, o, meglio, al rinnovamento del metodo col quale il diritto veniva studiato, contribuì notevolmente in Germania l'influsso delle idee venute dal di fuori, come lo stesso Puetter ai suoi tempi ebbe ad annotare: « Se nel secondo quarto di questo secolo — scrive questo Autore — la filosofia wolfiana parve fare epoca nella letteratura tede-

25. In questa materia vedasi da ultimo: W. Kraemer *Kurtrierische Hexenprocesse in* 16. *und* 17. *Jahrhundert, vornehmlich an der unteren Mosel. Ein Beitrag zur Kulturgeschichte* (München 1959). Questo volume è stato recensito da F. Merzbacher in « *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germ. Abt.* » 78 (1961) 448-450. Nel campo letterario il tema delle stregoneria è stato trattato, per esempio da J. W. Goethe nel *Faust* (‹ Hexenküche ›, ‹ Walpurgisnacht ›).

26. Sul concetto di polizia cfr. E. Bussi *Evoluzione storica* cit., 188 ss.

27. Un riordinamento della ‹ Sicherheitspolizei › in senso illuministico venne operato da Giuseppe II: « Egli, nel 1786, introdusse tanto nella Capitale quanto nelle provincie una uguale e severa polizia secondo l'esempio della già famosa, ma oggi famigerata polizia di Parigi. I Direttori ed i Commissari di Polizia nelle Provincie mantengono una costante corrispondenza colla Direzione Generale di Vienna: ogni Direzione ha al suo servizio delle guardie in uniforme ed un certo numero di informatori senza uniforme. Questa polizia non è, però, come quella una volta di Parigi, creata solo per le più gravi contingenze; nè per stare in agguato delle piccole mancanze alla legge; per orecchiare ai discorsi nelle famiglie, o per annasare nelle cucine sui pettegolezzi dei camerieri. Essa, piuttosto, si preoccupa: della pubblica sicurezza contro i ladri ed i rapinatori; della sicurezza del pubblico sulle pubbliche strade maestre (‹ Heerstrassen ›) e negli alberghi; della pulizia, della salute, della libertà dai mendicanti nelle Città; del mantenimento dei poveri mercè il lavoro e la carità, al riguardo di che gli istituti creati a questo scopo sotto il governo di Giuseppe II si possono considerare come dei modelli. La polizia inoltre sorveglia affinchè non avvengano danni da fuoco, da acqua, da vento, da caduta di immobili pericolanti, da ponti, da dighe e così via. In caso di necessità essa ha già pronte le misure necessarie, come la polizia di Vienna in modo esemplare ebbe a mettere in opera nella grande inondazione del Danubio dell'anno 1784. Nel vigilare sulla osservanza delle disposizioni del sovrano essa non vede il primo scopo della sua attività in quello di punire il colpevole od in quello di limitare la civile libertà, sibbene in quello di procurare l'utile dei sudditi mercè l'esecuzione delle disposizioni stesse » J. C. Jäger *Vollständiges Diarium der römisch-königlichen Wahl und kaiserlichen Krönung Ihro nunmehr allerglorwürdigst regierenden kaiserlichen Majestät Leopold des Zweiten* (Frankfurt am Main 1791) 16 ⟨nella continuazione della nota * a pagina 3⟩.

sca, così si può dire parimente, e forse con maggiore ragione, per il testè decorso terzo quarto del nostro secolo, del sensibilmente aumentato gusto per le belle lettere. In parte al più illuminato uso degli scrittori greci e latini, in parte ad una più frequente conoscenza delle buone opere francesi ed inglesi andiamo noi debitori del fatto, che tutta la letteratura tedesca da un poco di tempo in qua ha preso tutta un'altra piega. Soprattutto per gli scritti di Voltaire, Montesquieu, Helvetius, Rousseau, Hume, Robertson ed altri simili è degno di nota che essi, per quanto riguarda lo studio della nostra storia come del resto per quanto riguarda il nuovo stile e persino il tono che domina nei recenti scritti di diritto pubblico, hanno avuto una tale influenza, che sarebbe quasi da meravigliarsi se questo influsso non si fosse esteso in parte anche al nostro diritto pubblico tedesco, e se da esso non ci si dovessero aspettare ulteriori conseguenze. È solo da desiderare che il desiderio di scrivere non nuoccia alla precisione e che l'aumentato gusto per tali scritti, che si leggono solo per diletto, non renda meno accessibile e piacevole lo studio delle fonti del nostro diritto pubblico e di altre solide scienze » [28].

Poichè noi sappiamo che tutto il ‹ Reichsrecht › era ancorato a norme positive di legge, a precisi canoni intepretativi, a sicuri e tradizionali metodi di esposizione, è evidente che, quando Puetter parla degli influssi stranieri sul diritto pubblico, si riferisce allo ‹ allgemeines Staatsrecht › [29], cioè al diritto pubblico universale, il quale però, nel secolo XVIII, beneficia non solo della influenza inglese e francese, ma di tutto quel libero scambio di idee e di pensiero tra le varie nazioni europee, che rende così caratteristico ed affascinante questo secolo dominato dalle tendenze cosmopolite.

4.

Se è vero infatti che in Italia erano a tutti noti i grandi illuministi francesi, non erano tuttavia sconosciuti neanche, per esempio, i nomi del von Bielfeld e del von Sonnenfels, come ne fanno prova le traduzioni che da noi vennero fatte delle loro opere [30]. D'altra parte in Germania, nella repubblica dei dotti, avevano acquistato diritto di cittadinanza le opere di Filangieri e di Verri, di Muratori e di Pagano, di Beccaria e di Genovesi [31].

28. J. S. PUETTER *Litteratur* cit., II 217 ss.
29. Sullo ‹ Allgemeines Staatsrecht › cfr. E. BUSSI *I principi di governo* cit., 813; E. BUSSI *Il diritto pubblico del Sacro Romano Impero alla fine del XVIII secolo* I (Padova 1957) 3.
30. E. BUSSI *I principi di governo* cit., 812-813. Dalla prefazione alla traduzione italiana della opera di von Sonnenfels che ivi ricordo, appare evidente che anche l'opera del von Bielfeld era di comune conoscenza tra di noi. Sul von Bielfeld cfr. E. BUSSI *Pensieri intorno alla libertà* cit., 11 nota 18.
31. Vedansi per esempio: C. FILANGIERI *System der Gesetzgebung*. Traduzione dall'italiano di G. C. K. Link (Anspach 1781-1791); P. Graf von VERRI *Betrachtungen über die Staatswirthschaft.*

Sarebbe errore tuttavia ritenere che tutta la vasta letteratura che nella seconda metà del XVIII secolo ebbe vita in Germania intorno alla legislazione [32], si spieghi unicamente col vivace ed intenso movimento di pensiero promosso dall'Illuminismo, perchè essa, a dire il vero, potè fruttificare solo sul terreno già dissodato dai precedenti scrittori, i quali, anche se non avevano dissertato ‹ über die Gesetzgebung › in via generale, avevano però ugualmente con coscienza e dottrina meditato e non poco scritto ‹ uber die gesetzgebende Gewalt › [33], nonchè, come ad esempio Johann Jakob Moser, Friedrich Karl von Moser, Johann Heinrich Justi ed altri, sul fine e la natura dello Stato.

La legislazione, dice quest'ultimo, è uno dei due poteri supremi dello Stato [34] ed è un potere concesso per raggiungere la ‹ Glückseligkeit › dei cittadini, ma « uno Stato può difficilmente raggiungere questo fine, se la sua volontà non è bene e ragionevolmente manifestata, cioè se esso non ha buone e savie leggi » [35].

Ora dal volere delle « savie » leggi al volere « un corpo ragionato di leggi » troppo poco ci correva, perchè gli illuministi non pensassero ad una codificazione, e, per vero, prima, molto prima che il ‹ Code Napoleon › venisse concepito, già in Prussia, in Baviera ed in Austria prendevano vita dei codici, che è mestieri mentovare prima di entrare in merito all'argomento che ci interessa, perchè, come vedremo tra breve, Carl Gottlieb Svarez fu uno dei più importanti collaboratori dell'opera legislativa prussiana.

Traduzione dall'italiano con note ed aggiunte di L. B. M. Schmid (Mannheim 1785); L. A. MURATORI *Anfangsgründe der Regierungskunst für die jüngen Fürsten, welche einst ihr Volk glücklich zu machen wünschen.* Traduzione di K. A. Cäsar (Leipzig 1798); C. BECCARIA *Werk von Verbrechen und Strafen.* Con traduzione e note di K. F. Hommel (Breslau 1778-1784) (un'altra traduzione, col titolo *Abhandlung über Verbrechen und Strafen* con note del Diderot, con note ed aggiunte del traduttore e con allegate le opinioni « der berühmtester Schriftsteller » sulla pena di morte, sulla necessità delle Corti di Assise (‹ Geschworenengerichte ›) sui vantaggi e sulla utilità della stessa in Inghilterra, nel Nordamerica, ed in Francia venne fatta da J. A. Bergk ed edita a Leipzig nel 1798); A. GENOVESI *Grundriss der bürgerlichen Oekonomie.* Traduzione di C. A. Wichmann (Leipzig 1772-1776); A. GENOVESI *Oekonomische Politik, Commentar zu J. Carry's Bemerkungen über Grossbritanniens Handel und Gewerbe.* Traduzione di C. A. Wichmann (Leipzig, 1788).

32. Vedasi bibliografia in J. S. ERSCH - J. C. KOPPE *Litteratur* cit., Parte II nn. 451-484.

33. Vedasi bibliografia in J. S. PUETTER *Litteratur* cit., Parte III 302-304.

34. J. H. G. VON JUSTI *Die Natur und das Wesen* cit., 84. Il secondo potere dello Stato è « die vollziehende Macht ».

35. VON JUSTI *Ibid.* 265.

CAPITOLO SECONDO

« Il primo tentativo prussiano di codificazione ».

1.

Vano però sarebbe mettere in relazione la fioritura del pensiero illuministico col movimento che portò alle varie codificazioni nei Territori tedeschi, se si dimenticasse la evoluzione politica che nel frattempo erasi avverata nel ‹ Reich ›.

L'indubbio affievolimento del potere centrale imperiale che ebbe a verificarsi nel campo politico soprattutto colla Pace di Westfalia [36] ed il contemporaneo perfezionamento statuale dei grandi Territori erano alla metà del XVIII secolo tanto proceduti oltre, che oramai aveva solamente teorica importanza la questione già da me altrove ricordata, se cioè uno Stato territoriale fosse autorizzato ad emanare una legge in contrasto col ‹ Reichsrecht › [37]. Che il diritto dell'Impero ammettesse la possibilità di eccezioni alle ‹ Reichsgesetze › secondo le necessità dei vari ‹ Länder ›, è dato, questo, inconfutabile, perchè risulta dalla stessa lettera della legge, che lo concede, fra l'altro, proprio in materia di polizia, cioè di amministrazione [38]. Senonchè particolarmente in Prussia ed in Baviera venne fatto così ampio uso di questa possibilità, che, di fatto, la eccezione divenne la regola, ond'è che proprio per questo la questione assunse aspetto puramente teorico.

D'altra parte è proprio per questa via che in questi due paesi — ma non mancarono lodevoli tentativi anche in altre parti! — si riuscì a pensare seriamente a dare vita a dei codici la cui realizzazione in Prussia, ove desideravasi un maggiore progresso nel senso della ‹ Aufklärung › e del diritto naturale, venne affidata ad un teorico che era nello stesso tempo un eminente uomo di Stato, cioè a Samuel von Cocceji [39]; ed in Baviera invece, ove ci si contentava di dare cer-

36. E. Bussi *Il diritto pubblico* cit., II 417 ss.

37. E. Bussi *Il principio ‹ rex sub lege › al tempo dell'Illuminismo tedesco* ⟨di prossima pubblicazione⟩ Cap. IV.

38. E. Bussi *Il diritto pubblico* cit., II 369.

39. Sulla vita e sulle opere di S. von Cocceji cfr. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* I 1 (München-Leipzig 1898) 138 ss note.

tezza e stabilità al diritto vigente, ad uno statista di notevole statura che era anche un eccellente pratico, cioè ad Aloys von Kreittmayr.

A) Prima di parlare di Samuel von Cocceji è opportuno tuttavia, e direi è quasi necessario, accennare sia pure brevemente alla vita ed alle opere di suo padre, Heinrich Cocceji, perchè Samuel è stato tanto un illustratore del pensiero di Heinrich, che spesso questo parla attraverso la penna di quello, colla conseguenza che, molto spesso, è ben difficile separare il pensiero dell'uno da quello dell'altro. Se diversità vuolsi trovare essa sta piuttosto in ciò, che, mentre il padre è stato un teorico più che un pratico, per il figlio la teoria ha rappresentato la necessaria preparazione per la eccezionale attività pratica che venne poi chiamato a svolgere.

Su di Heinrich Cocceji viene espresso dal Puetter un giudizio piuttosto lusinghiero, perchè quest'ultimo così scrive a suo riguardo: « Egli deve avere studiato la giurisprudenza con straordinaria assiduità; deve avere inoltre vissuto intensamente; poco dormito; per molti anni essersi astenuto dal pranzo per amor dello studio »[40].

In realtà questo giudizio non può essere da noi oggi condiviso, dato pure che esso si possa considerare veramente favorevole.

Per vero Heinrich Cocceji esce fuori dalla rigida signoria del dirittto naturale in questo senso, che, unico principio di diritto naturale, anzi unico precetto dello stesso veramente obbligatorio, è, per lui, la ‹ volontà divina ›. Per tal via il suo insegnamento riceve una impronta rigidamente teocratica, che si contrappone a quella di un Thomasius. Per Cocceji la proprietà privata, la Autorità, la Legge e lo Stato riposano non già sul contratto, sibbene sul precetto divino. Questo ha diviso la terra in territori ed all'interno di ogni territorio ha dato alla Autorità il potere di comandare su di ognuno, che in esso si trovi. È evidente che, in questo modo, per quanto riguarda il diritto pubblico universale i popoli perdono completamente di importanza in quanto elemento principale della sovranità diventa il territorio: su questo solamente, si radica il potere di impero. Tra i singoli Stati, tuttavia, non esiste alcun ‹ jus voluntarium ›, che Cocceji considera come una favola, sibbene ed unicamente il diritto del ‹ divino precetto ›. Di conseguenza non c'è posto nè per una scienza del diritto universale dei popoli, nè per un diritto positivo delle genti.

All'interno di ognuno dei territori statuali in conseguenza del divino conferimento della signoria ai poteri statuali, sottostanno a questi ultimi anche gli ecclesiastici nonchè gli affari che li riguardano. La punizione meritata, per via della giustizia ripagatrice del volere divino, avviene conformemente alla

40. J. S. Puetter *Litteratur* cit., Parte I, 285 ss. Su H. Cocceji oltre le notizie date dal Puetter cfr. anche R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1, 112-116 del testo e 65-68 delle note. H. Cocceji ebbe tre figli dei quali Samuel era il più giovane.

legge del taglione e per questa via vengono respinti quegli esterni motivi finalistici messi in rilievo da Grozio.

La solidità dell'edificio al quale perviene Cocceji non può venire misconosciuta, ma la debolezza della sua teoria si mostra nella impossibilità di distinguere il diritto dalla morale, impossibilità che si manifesta proprio negli sforzi che, sia il padre sia il figlio, fanno per arrivare invece a tale distinzione.

Il valore del diritto romano in Germania viene categoricamente affermato da Heinrich Cocceji, il quale dichiara addirittura che esso è postulato dalla necessità della certezza del diritto. Di un diritto patrio feudale o privato egli non parla quasi per nulla: anzi, egli considera il diritto romano e la scienza giuridica romana non solo come le migliori, ma anzi come le uniche possibili per un mondo civile, così che la cultura giuridica prenderebbe data, secondo lui, solo dal comparire dei romani nella storia.

Di una completa e regolare coincidenza dei precetti del diritto naturale coi principi del diritto romano egli non parla: questa tesi, piuttosto, viene profilata dal figlio Samuel Cocceji, il quale, su questo punto, forse determinato dalla opposizione a Thomasius, si è svincolato dalle idee paterne.

Si può dire, tuttavia, che Heinrich Cocceji si è reso benemerito per quanto riguarda lo studio dei singoli istituti del diritto romano, perchè, per esempio, le sue discussioni con lo Struv sulla prestazione della colpa suscitarono ai suoi tempi particolare attenzione ed interesse, nonchè fervore di ricerche.

Del tutto diversa è la valutazione che noi oggi possiamo fare della attività scientifica di Heinrich Cocceji per quanto riguarda il diritto pubblico tedesco. In questo campo, infatti, già prima di lui erasi formulata la massima secondo cui ‹ quod in coeteris juris disciplinis ratio praestat, id in jure publico Germaniae historia ›, il che significa che le fonti del diritto pubblico tedesco sono del tutto diverse da quelle degli altri rami del diritto, poichè in questi decide il ragionamento, ed in quello la storia.

Per vero, sino a Heinrich Cocceji, in ossequio a questa verità, ben nota a chi si appresta ancor oggi a studiare il ‹ Reichsrecht ›, gli studiosi eransi sforzati di raccogliere fatti, di studiare documenti, di interpretare le decisioni della Dieta o ‹ Reichsabschiede ›, al fine di procacciarsi il materiale necessario per la ricostruzione storica degli istituti.

Heinrich Cocceji, invece, ponendo da parte tutta la prudenza dei precedenti giuspubblicisti, si getta temerariamente sulla più antica storia franca e germanica e con notizie non controllate, con fatti non esaminati criticamente, procede alla costruzione di un edificio storico del diritto pubblico tedesco, nel quale la fantasia più sbrigliata giuoca allo scrittore i più brutti scherzi.

La occasionale questione postagli dal ‹ Pfalzgraf › Carlo Lodovico di Heidelberg, quale fosse la origine dei sei ‹ Kreise › alla epoca di Massimiliano [41];

41. Sulla origine dei ‹ Kreise › cfr. E. Bussi *Il diritto pubblico* cit., II 33 ss.

un passo di Plinio che enumera cinque antiche stirpi tedesche, alle quali egli aggiunge come sesta quella dei Marcomanni, perchè Plinio avrebbe dimenticato che gli stessi ai suoi tempi erano già stati sottomessi ai romani; una arbitraria collocazione di queste sei stirpi in sei regioni della Germania; ed infine l'ancor più arbitrario accostamento dei sei ‹ Kreise › a queste sei regioni: questi sono i fondamenti sui quali Heinrich Cocceji scrive il suo manuale *Juris publici prudentia*, che, pubblicato a Francoforte nel 1695, ebbe ai suoi tempi immeritata fortuna.

Diciamo immeritata perchè, quasi non bastassero tutti gli arbitrii che egli si prende colla storia, Heinrich Cocceji inventa una ‹ formula subiectionis › e cioè una precisa sinossi delle condizioni sotto le quali i popoli tedeschi sarebbero venuti a fare parte dell'Impero franco.

Questa formula viene poi studiata ed applicata da lui in modo che alla Baviera, alla Sassonia ed ai Territori slavi sarebbero stati lasciati propri Principi, mentre la Westfalia, la Svevia e la Renania sarebbero cadute direttamente entro i poteri della camera regia. In conseguenza di ciò dà vita ad una Germania mediata e ad una Germania immediata, ma, anche questo, solo allo scopo di spiegare perchè al ‹ Reichstag › appaiono solamente i Banchi Ecclesiastici e quelli dei ‹ Ritter › divisi in renani, svevi e vestfalici.

Quello che è strano è che, come si è detto, queste pseudo-ricostruzioni storiche di Heinrich Cocceji procacciarono al loro autore una fama tanto più vasta quanto più era immeritata e proprio in un tempo che vedeva comparire le opere di un Hugo, di un Schweder, di un Obrecht; in un tempo, voglio dire, che era già tanto maturo scientificamente, che di lì a poco videro la luce le ricerche documentarie del Datt, il *Codex juris gentium* del Leibnitz, nonchè il *Reichsarchiv* del Lünig [42].

È stata una fortuna che il pensiero di Heinrich Cocceji abbia influito su quello del figlio Samuel solo per quella parte che riguardava la sua concezione del diritto naturale e la sua valutazione del diritto romano.

B) Quando infatti il Ministro e ‹ Chef de Justice › Samuel von Cocceji all'inizio del 1746, in età di 66 anni [43] iniziò la parte più importante della sua attività letteraria, aveva dietro di sè come scrittore, un ricco e multiforme passato [44]. Bisogna dire a questo proposito che non abbisognano qui di alcuna illustrazione gli scritti del primo periodo della sua vita, i quali spiegano e difendono semplicemente i principi di diritto naturale esposti da suo padre; ed altrettanto è da dirsi della ampia opera da lui composta tra gli anni 1744-1752 nella quale egli pubblicò le opere postume del padre con ricche aggiunte pro-

42. Sul *Reichsarchiv* del Lünig cfr. J. S. Puetter *Litteratur* cit., Parte I 309 ss.
43. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1 215.
44. Cfr. la nota 37.

prie ed importanti appendici, sotto il nome di *Grotius illustratus* [45]. Fra gli altri lavori si trovano però due opere che stanno a sè e sulle quali è doveroso soffermarci un momento: una, sul diritto civile controverso [46], ed una su di un nuovo sistema di giurisprudenza [47].

Il primo è un dotto lavoro romanistico il quale, in consonanza a Lauterbach [48] cerca di esporre e spiegare le più importanti controversie esistenti, ben si intende però, secondo i punti di vista del diritto naturale ovvero secondo quelli personali di suo padre. Il lato più interessante di questa dissertazione è costituito dalla decisa condanna della tortura, nonchè dalla precisa affermazione che il patto col diavolo « die Teufelspakte » è ben poco credibile. Su questi punti Samuel Cocceji, come qualsiasi scrittore del suo tempo, si ispira alla esposizione di Thomasius [49] per quanto egli se ne allontani per molti altri aspetti; per esempio: nell'apprezzamento del diritto tedesco, nonché in ordine ai fondamenti del diritto penale e naturale i punti di vista di von Cocceji e di Thomasius sono agli antipodi l'uno dell'altro. Tuttavia von Cocceji si tiene fermo al punto che ogni omicidio volontario «jede schuldhafte Tötung» debba venire espiato necessariamente colla morte del delinquente, salvo il diritto di grazia del ‹ Landesherr ›.

Anche nel *Novum Systema* Samuel von Cocceji si tiene incrollabilmente fermo alle massime di suo padre. Questa convinzione, che mediante quei principi il problema principale del diritto naturale fosse definitivamente risolto e che per via di ciò tutto il diritto in genere venga rischiarato, costituisce la chiave per comprendere tutto il procedere della energia e della sicurezza di von Cocceji. Se egli si allontana dalle idee paterne, ciò avviene solo in occasione di questioni marginali ed al fine di mettere ancor maggiormente in rapporto il diritto naturale con quello romano.

Samuel von Cocceji indica ripetutamente come compito principale del suo *Novum Systema* quello di dimostrare la quasi completa somiglianza di questi due diritti. A ciò devesi anche la sua tendenza, cui generalmente arride il successo, di sottrarre al diritto tedesco ogni influsso sulle sue massime di diritto naturale [50].

45. S. VON COCCEJI *Grotius illustratus seu commentarius ad H. Grotium de jure belli et pacis* I (Vratislavae 1744) II 1746, III 1748.

46. S. VON COCCEJI *Jus civile controversum* 2v (Frankfurt 1713 e 1718).

47. S. VON COCCEJI *Novum Systema jurisprudentiae naturalis et romanae* (Berlin 1740).

48. Su Wolfgang Adam Lauterbach cfr. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., II (München-Leipzig 1884) 139 ss.

49. Su C. Thomasius cfr. J. S. PUETTER *Litteratur* cit., Parte I 321-327, Parte II 249.

50. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., III 1, 216.

teologica », è difficilmente misurabile; si può ben dire che solamente da allora le Università, le quali sino a qui spiegavano una importante attività di governo, sono diventate istituti dedicati esclusivamente all'insegnamento ed alla scienza: da allora il loro compito si limitò ad esercitare un influsso mediato sulla vita pratica muovendo dalla cura di questi loro compiti [55].

Dopo gli « Ordini di gabinetto » 2 aprile e 20 giugno 1746, von Cocceji aveva a che fare, per attuare la riforma della giustizia, solo coi Tribunali, i quali, nel frattempo, erano stati messi immediatamente sotto la sua autorità. Mentre egli prendeva la cosa personalmente in mano conformemente ad una istruzione 2 ottobre 1746 da lui stesso progettata, gli riuscì ciò che anche al nostro tempo pare incredibile.

Poteva, cioè, von Cocceji, il 2 maggio 1747 da Stettino ed il 4 maggio 1747 da Köslin ufficialmente far sapere che qui 1600 e là 800 vecchi processi erano stati portati a termine.

Nello stesso tempo si procedette oltre in questo indirizzo, non solo in Pomerania ma altresì nelle altre province, tanto direttamente sotto la direzione di von Cocceji, quanto sotto la direzione di collaboratori da lui espressamente a questo scopo istruiti: di conseguenza questa prima parte puramente pratica del suo compito si poteva considerare come completamente esaurita entro l'anno 1751.

Una eco del successo conseguito da Samuel von Cocceji in questo campo si può cogliere nel Testamento Politico di Federico II del 1752, là dove il Gran Re scrive:

> « Rendre justice soi-même est un soin dont aucun souverain ne peut se charger, et un roi de Prusse encore moins qu'un autre. Le détail immense d'une seule cause absorberait le temps qu'il doit donner par préférence aux autres parties du gouvernement. Mais parceque le prince ne juge pas lui même, il ne s'ensuit point qu'il doit négliger la justice. J'ai trouvé des lois contentieuses dans ce pays qui, au lieu de favoriser les partis, embrouillaient les causes et allongeaient les procès. Je communiquai au Grand-Chancelier Coccej le dessein que j'avait de réformer les lois et de n'en établir d'autres que celles qui se trouvent fondées dans l'equité naturelle. Ce vénérable magistrat exécuta ce projet avec une approbation universelle; à présent il est bien sûr que les injustices se font plus rarement qu'autrefois, que les juges sont plus intègres, les procès plus courts et qu'il y a peu de causes pendantes aux tribunaux. Il serait à souhaiter que les souverains aient une attention singulière pour bien remplir ce poste, et qu'ils trouvent des sujets de la droiture, de l'habilité et de l'intégrité du Grand-Chancelier: c'est l'unique moyen de

55. Stintzing - Landsberg *Ibid.* III 1, 217.

conserver le bien qu'il a fait à l'Etat; et le choit de ce personnage doit se faire avec d'autant plus de connaissance et de sagesse que le souverain dépose entre ses mains une partie de son autorité et qu'il le rend arbitre de la fortune des citoyens »[56].

4.

In forza delle ordinanze provvisorie a questo scopo progettate, nonchè sulla base delle esperienze fatte in conseguenza di esse, ci si poteva a questo punto dedicare alla risoluzione della seconda parte, quella legislativa, del compito affidato dal Re: quanto meno per quanto riguardava la legislazione processuale.

Sotto l'ingannevole titolo *Projekt des Codicis Fridericianii Marchici*, fu pubblicata nel 1748 una ordinanza processuale per tutto lo Stato che è la vera e propria opera di von Cocceji. Essa si distingue per la rigida organizzazione dei Tribunali, per la composizione degli stessi effettuata mediante giudici dotti, regolarmente pagati, non aggravati di lavoro in altro modo; per la introduzione di un procedimento orale limitato; per una eliminazione senza esitazioni di tutti gli incidenti dilatorii; per la definitiva configurazione nella struttura del processo del ‹ Bagatellprozess ›[57] già nel 1739 introdotto da von Cocceji.

La riforma si applicava a tutte le specie di processi con esclusione unicamente del processo inquisitoriale per il quale ci si appagò della ‹ Kriminalordnung › del 1717, munita di talune aggiunte.

Di una espressa abolizione tuttavia delle più antiche leggi processuali non è qui questione tanto che in special modo la validità dei concetti generali dedotti dal processo comune viene continuamente presupposta.

È un gran merito di von Cocceji di avere per primo, nel 1739, concepito in contrapposizione a ciò per il campo del diritto materiale la idea della codificazione e di avere aspirato alla sua realizzazione. Se egli venne portato a questa idea mosso dalla sua unilateralità dottrinaria e se, in conseguenza proprio di questa, egli ebbe a sottovalutare notevolmente le difficoltà di una tale opera, egli rimane tuttavia colui il quale non solo ha pronunciato per i tempi successivi la parole decisiva, ma già ai suoi giorni ha cercato, colla celerità dei processi, di realizzare « die liebe Justiz » così cara al cuore dei monarchi prussiani.

56. G. KÜNTZEL - M. HASS *Die politischen Testamente der Hohenzollern* (Leipzig und Berlin 1920) 4.

57. ‹ Bagatellenprocess › è il procedimento proprio delle ‹ Bagatellensachen › per cui in molti Stati ancor oggi si dispone una notevole semplicità di forme. Il concetto di ‹ Bagatellsache › non è conosciuto oggi dal diritto tedesco, mentre la ‹ *Oesterreichische Zivilprocessordnung* › ed il diritto svizzero hanno particolari disposizioni al riguardo.

Non è, proprio la rapida definizione delle liti, raccomandata dal Grande Elettore nel suo testamento del 1667, la dove così si raccomanda ai suoi successori:

> « fate in modo che nei vostri paesi sia con giustizia comandato, e sorvegliate affinchè venga impartito il diritto tanto al povero quanto al ricco, senza riguardo alle persone, ed affinchè i processi vengano affrettati e non ritardati, poichè ciò rafforza i troni dei principi » [58] ?

Il von Cocceji ha riconosciuto la necessità, cui si voleva rimediare, di porre cioè assolutamente da un lato il diritto sin qui vigente sostituendolo con un nuovo codice. Egli ammette solo la idea di una legislazione integrale secondo il modello delle costituzioni sassoni ovvero quella di una raccolta di decisioni di controversie come erasi dapprima progettato: tutto il lavoro deve venire fatto in corrispondenza alle linee di un progetto piuttosto ambizioso, pur se le norme che von Cocceji propone al fine di difendere il suo codice contro un perfezionamento consuetudinario e contro una elaborazione dottrinaria siano del tutto inadeguate.

Egli sperava di fare apparire questo codice entro un anno in quanto a questo proprosito — con esclusione di ogni altro diritto pubblico — intendeva solo preoccuparsi del diritto privato e di quello penale, seguendo il piano tracciato nel suo *Novum Systema*. Si trattava, quindi, secondo la sua ferma intenzione, solamente di ciò, di dare cioè forma legislativa a quelle parti di diritto materiale che sono contenute in questo *Novum Systema* (lib. 3-5): forma, questa, che in lui di frequente coincide con quella scientifica.

Così egli, dopo la approvazione della ordinanza processuale, si mise all'opera con zelo e fiducia: già il 23 novembre 1748 la prima parte, cioè il diritto delle persone, poteva vedere la luce, tanto che, all'inizio del 1749, con una « Vorrede an den Leser » veramente degna di nota, potè venire pubblicata; a ciò, nella primavera del 1751, seguì la pubblicazione della seconda parte, cioè quella dei diritti reali.

Capitò però a questo punto al vecchio Gran Cancelliere la disgrazia veramente grande che la parte del diritto delle obbligazioni, parte che egli con esclusione del diritto penale, voleva personalmente curare, in occasione di una spedizione del manoscritto andò irrimediabilmente perduta; d'altro canto, per quanto riguardava la redazione del diritto penale, poichè egli non si sentiva più in grado di compierla, già era stato costretto a ricorrere all'opera di diversi collaboratori.

58. H. J. SCHOEPS *Das war Preussen* cit., 125: « lasset Euch in allen Eweren Landen hochlichen befollen sein und sehet dahin, damit so woll den Armen als den Reichen ohne ansehung der persohn recht erschaffet werde, ondt das die processen beschleuniget, ondt nicht aufgehalten werden mogen, den das befestiget die Stühle der Regenten ».

FEDERICO II DI HOHENZOLLERN
Re di Prussia (1740-1786).

Allorchè egli il 4 ottobre 1755 venne a mancare ai vivi, non solamente rimaneva incompiuta la sua grande opera, ma, per quella parte che già era stata presentata, essa rimaneva anche del tutto priva di valore [59].

Nel titolo infatti *Projekt des Corpus juris Fridericiani* col quale la opera di von Cocceji veniva presentata al pubblico, la indicazione di « progetto » va presa alla lettera, in quanto i singoli libri, prima del completamento e della revisione del tutto, dovevano venire pubblicati solo per parere e per studio, senza avere perciò alcun valore di legge.

Poichè colla morte di von Cocceji tutta la impresa venne ad arenarsi, così fu destino anche delle parti già composte di non diventare legge, fatta eccezione pei titoli riguardanti il matrimonio e la tutela, le quali, in parte già durante la vita di von Cocceji, in parte con successive ordinanze, ricevettero forza di legge in diversi distretti del paese.

5.

Non c'è molto da dispiacersi pel fatto che questo superbo piano non potè essere portato a realizzazione, se si pensa che, altrimenti, lo *Allgemeines Landrecht*, di cui fra breve verrò a parlare, non sarebbe stato mai composto.

Che per vero quest'ultimo per la densità del contenuto, per la obbiettiva valorizzazione delle peculiari concezioni giuridiche tedesche, per il limpido dettato destinato ad essere compreso dal popolo, e per la notevole sensibilità giuridica sia nettamente superiore all'opera di von Cocceji, nonostante che ambedue riposino sugli stessi fondamenti razionalistici e di diritto naturale, è cosa che non può venire messa in contestazione.

Questo reciproco rapporto dei due lavori legislativi riposa però non solamente sul cammino che nel frattempo era stato fatto nella scienza giuridica tedesca, sulla abilità di servirsi della lingua tedesca cui era data nuova, più semplice ed elegante forma, nonchè sui progressi della cultura in genere; ma anche su ciò, che il punto di vista scientifico di von Cocceji era, persino per i suoi tempi, esageratamente unilaterale, gretto, e poco rispettoso dello spirito giuridico tedesco.

Come la sua concezione dell'oggetto del diritto, in opposizione a Wolff, è civilisticamente meschina, così il contenuto del suo *Corpus Juris Fridericiani*, in contrasto con Heineccius, è esclusivamente romanistico [60].

59. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., III 1, 219.

60. Su J. G. Heineccius (Heinecke) cfr. J. S. PUETTER *Litteratur* cit., Parte I 344 ss, nonchè Parte II 389. Cfr. pure R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., III 1, 179-198 nel testo e 122-132 nelle note.

In questa opera legislativa egli, probabilmente, ha avuto un poco più di riguardo per il patrio diritto statutario di quello che egli dimostra nei suoi scritti teorici, ma si tratta di un riguardo così modesto da essere ben difficilmente avvertibile.

Terminologia romana, natura romana delle azioni, infiniti dettagli romani si rinvengono ad ogni passo in questa opera; solamente là dove le sottigliezze e le finzioni del diritto romano sono state considerate già precedentemente da von Cocceji contrarie al diritto naturale, esse vengono decisamente respinte, come avviene, per esempio, nel campo del diritto ereditario.

Non quindi a torto von Cocceji si vanta di avere formato un « Universal-System », « welches auf alle Staaten die die natürliche Vernunft zur Regel ihrer Gesetze nehmen, applicirt werden kann ».

Il poco rispetto al diritto nazionale, che sopratutto viene rinfacciato alla concezione giuridica naturalistica, era mitigato nella scuola di Thomasius dall'indirizzo storico, ma proprio presso i due Cocceji, padre e figlio, esso si fa evidente nella misura più aspra: molto più aspramente, anzi, che non in Wolff e nella sua scuola.

Quale straordinaria combinazione che proprio un Cocceji in Prussia venisse incaricato di un'opera legislativa con tanta libertà e sotto tali condizioni, che gli avrebbero permesso di realizzare legislativamente ed in via immediata i suoi personali punti di vista! Mancò quindi veramente poco che la Prussia venisse dotata di un'opera che avesse siffatti pregi, da potere aspirare a valere come *Universal-Gesetzbuch* per tutti i popoli civili[61].

6.

Molto più profondo che non il suo Gran Cancelliere appare veramente il pensiero del Gran Re nella sua dissertazione sur les *Raisons d'établir ou d'abroger les lois*[62].

Non di straforo ma di proposito, con particolare vigore e con alla mano gran copia di esempi storici viene qui svolto il pensiero che le leggi debbono essere adatte alla « Regierungsart » ed al carattere nazionale. Solone stesso ebbe a dire di avere dato agli Ateniesi non le leggi più perfette, ma le migliori che essi erano capaci di accettare. Parimenti viene accentuato il punto di vista che sia pericoloso abolire con mano facile delle leggi alle quali gli uomini, come « Gewohnheitsthiere » sono affezionati, sia pure allo scopo di sostituirle con delle migliori.

61. STINTZING - LANDSBERG *Ibid.* III 1, 220.

62. FREDÉRIC II *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les loix* (Frankfurt-Leipzig 1751) ⟨più volte ristampato, con aggiunte del Gran Re⟩.

Così il Re giunge al risultato che le riforme legislative sono opportune solo quando esse diventano necessarie per il benessere pubblico e la equità: questo per esempio, è il caso se il diritto antico è troppo mite o troppo feroce.

Quest'ultimo punto viene trattato dal gran Federico in modo esaurientissimo, traendo una gran quantità di esempi di clemenza dalla propria legislazione: così la inapplicabilità della pena di morte al semplice furto, ed il riguardo alla disperata situazione delle ragazze incinte fuor del matrimonio, le quali dal diritto penale di allora erano messe nella alternativa di scegliere, da un lato, l'infamia, dall'altro, le terribili pene dell'infanticidio [63].

Così davvero non è una semplice sonante dichiarazione quella colla quale il Re chiude la sua opera con una esposizione contro il duello. Egli pensa che in nazioni le quali sono uscite da poco dalla barbarie sia necessaria una severa legislazione, mentre presso popoli già abituati all'ordine « ordnungsgewohnte Völkerpolicés » e di miti costumi il legislatore debba essere più umano.

Non bisogna guardare agli uomini come se essi fossero tutti angeli o come se fossero tutti demoni: procederà ragionevolmente chi premierà le buone azioni un poco più di quanto meritino e punirà quelle cattive un poco meno di quanto sarebbe doveroso, chi userà indulgenza per i deboli ed umanità con tutti [64].

È da pensare pertanto che, partendo dal punto di vista della rappresaglia e del taglione nel diritto penale elaborato secondo i principi di von Cocceji, ben poco le idee del Re avrebbero corrisposto a quelle del suo Gran Cancelliere. Fra lui e Cocceji l'accordo era completo solamente in rapporto ai due punti principali della tortura e del processo alle streghe.

La concezione del Re su questo punto risulta sufficientemente illustrato dalla sua conosciuta espressione che egli avrebbe fatto in modo che le donne anziane potessero morire in pace [65]: la sua dichiarazione di guerra contro la tortura è uno dei pezzi più eloquenti della sua Dissertazione. A ciò corrispondono i ‹ Kabinets-Ordres › del 3 giugno 1740, del 27 giugno e del 4 agosto 1754.

Il primo di questi limita la tortura ai casi di lesa maestà « Maiestäts-Beleidigung », di « Landes-Verrathes », e di « Massenmordes »; gli ultimi due la aboliscono completamente.

L'ultima ‹ Order › venne emanata su istanza di von Cocceji, la cui attività con ciò degnamente si conchiude, ma la più conseguente è quella del 27 giugno, la quale, « kurzer Hand », ordina al Giudice — là dove il delinquente e già tanto convinto che secondo il diritto antico sarebbe ormai necessaria la sua confessione da estorcersi colla tortura — di condannarlo alla pena completa anche senza confessione [66].

63. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1, 221.
64. Stintzing - Landsberg *Ibid.* III 1, 221.
65. Stintzing - Landsberg *Ibid.* III 1, 222.
66. Stintzing - Landsberg *Ibid.* III 1, 222.

Veramente questo pensiero, che nasconde la reale abolizione della tortura e tanto avanti procede alle idee del suo tempo, già nell'ordine seguente non è più tanto chiaramente avvertibile ed è subito andato perso.

Non vi era bisogno, d'altra parte, di un particolare ordine per l'abolizione dei processi alle streghe: essi infatti da questo tempo in poi sono scomparsi da soli nella Prussia con immancabile successivo effetto in tutta la Germania. Sentenze sulle streghe, come quelle di cui si può avere notizie in Leyser, sono ormai dal 1740 in poi assolutamente impossibili in Prussia.

CAPITOLO TERZO

Illuminismo e codificazione in Baviera.

1.

Coll'inizio del filantropico, coscienzioso e pacifico governo del ‹ Kurfürst › Massimiliano III Giuseppe, un discepolo del wolffiano Jckstatt, che già ho avuto modo di ricordare [67], comincia timidamente a farsi strada anche in Baviera lo spirito illuministico.

Indicativo per la misura dello stesso è il fatto che il ‹ Kurfürst › durante il ‹ Reichsvikariat › bavarese nominò ‹ Freyherr › il Wolff respingendo però la dedica di un'opera, che lo stesso Wolff aveva intenzione di fare per ringraziarlo del beneficio ricevuto.

A questa modesta forza del movimento corrispose precisamente la modesta risoluzione legislativa alla quale in Baviera si pervenne.

Mentre in Prussia aspiravasi ad una codificazione riformatrice, in Baviera non si giunse più in là del desiderio di una ricapitolazione unitaria del diritto vigente il quale, con la occasione, doveva nel contempo venire liberato delle sue numerose controversie e nello stesso tempo ricevere migliore ordinamento. Dicevasi, è vero, che esso doveva anche venire meglio adeguato « den Anforderungen der Gegenwart »; ma con ciò non si pensava alle esigenze del diritto naturale postulate dalla ‹ Aufklärung ›, ma unicamente alle esigenze della amministrazione giudiziaria e statuale dei nuovi tempi, od al massimo ad una modesta modificazione al fine di arrivare ad una abbreviazione del processo.

Per adempiere a questo compito venne chiamato Wigulaeus Aloysius Kreittmayr — del quale pure mi sono altra volta occupato [68], — un uomo il quale sin qui aveva professato nella pratica dei Tribunali e della Amministrazione.

67. Su questo scrittore cfr. E. Bussi *La democrazia nel primo Reich*, in « *Rivista di Storia del diritto italiano* » XXXII (1959) 78 nota 208*a*.

68. Su questo scrittore cfr. E. Bussi *Il principio ‹ rex sub lege › al tempo dell'Illuminismo tedesco* cit., nota 68.

2.

Nell'anno 1750 Kreittmayr si mise al lavoro: con forza di legge apparvero, il 7 ottobre 1751, il *Codex juris criminalis Bavarici*; il 4 dicembre 1753 il *Codex juris bavarici judicialis*; il 2 gennaio 1756, infine, il *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, ovverossia *Neuverbessert und ergänzt Kurbayerisches Landrecht.*

Con questi tre codici Kreittmayr giustificò brillantemente la fiducia che era stata riposta in lui.

Egli infatti si è mantenuto fedelmente al compito affidatogli — redazione del diritto vigente — all'occasione facendo anche sacrificio della propria migliore opinione: mercè questa propria modestia egli è pervenuto tuttavia nel volgere di pochi anni a dare vita ad una opera legislativa, come appena sarebbe riuscito ad un vero legislatore, tanta è la unitarietà e la completezza della sua opera. Anche in Baviera si congiunge alla opera codificatrice la soppressione dell'istituto della ‹ Aktenversendung ›, con una unica subordinata eccezione, che rimase in vigore sino al 1813 [69].

I lati deboli di questa legislazione saltano tuttavia agli occhi. Le tendenze illuministiche verso una umana mitezza ed una uguaglianza di diritti, verso la

69. La ‹ Aktenversendung › od ‹ Aktenverschickung › era l'istituto processuale per cui il Giudice poteva rimettere ad una Facoltà giuridica gli atti del processo per la redazione della sentenza definitiva. L'istituto, che era configurato presso a poco in ugual maniera in tutti gli ordinamenti processuali che lo accoglievano, venne ancora riconosciuto nella ‹ Bundesakte › dell'8 giugno 1815 che dava vita al ‹ Teutscher Bund ›. Nella seconda Sezione della ‹ Bundesakte › sotto la Rubrica « Besondere Bestimmungen » (art. 12-19) si trova l'art. 12 il quale dice: « Bei den solchergestalt errichteten gemeinschaftlichen obersten Gerichtshöfen, soll jeder der Parteyen gestattet seyn, auf Verschickung der Akten auf eine teutsche Fakultät, oder an eine Schöppenstuhl, zu Abfassung des Endurtheils anzutragen ». Cfr. su questo punto J. H. Klüber *Oeffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten* (Frankfurt am Main 1840[4]) § 227, 301-302. L'istituto aveva però dato origine ad inconvenienti ed abusi, come dimostra la letteratura particolarmente ricca che esiste in argomento anteriore all'‹ *Allgemeines Landrecht* ›: cfr. W. T. Martini *Dissertatio de transmissione actorum* (Vitebonae 1670); H. Rennemann *De transmissione actorum* (Erfurt 1670) <e poi (Leipzig 1705) (Wetzlar 1730)>; M. Lange *Dissertatio de transmissione actorum secundum usum fori hodierni, praesertim Saxonici* (Lipsiae 1708); T. J. Reinhart *Dissertatio de transmissione actorum iure eiusque abusu* (Erfurt 1716); N. H. Gundling *Dissertatio de transmissione actorum in legibus imperii permissa eiusque repetitione* (Halae 1722); T. Geiger *Dissertatio de transmissione actorum in foro Norico* (Altonae 1731); J. J. Moser *Dissertatio de transmissione actorum* (Francofurti ad Viadrum 1739); F. G. Struve *Dissertatio de usu et abusu transmissionis actorum* (Kiel 1744). In J. U. Fr. von Cramer *Wetzlarische Nebenstunden* 32v (1755-1773) trovansi anche talune questioni riguardanti questo problema: Parte 32, 18 ss.: « Ob das in vim revisionis ergriffene beneficium transmissionis actorum abgeschlagen werden können wenn summa appellabilis vorhanden? »; Parte 111, 432 ss.: « Ob es nach bereits zugelassenen dreyfachen Instanzen oder wegen drey conformer Urtheile annoch zu verstatten sey? »; Parte 123, 456: « Ob transmissio actorum in denen bey churfürstlichen revisoriis entschiedenen Rechtssachen durch das privilegium de non appellando illimitatum ausgeschlossen sey? ». Per la letteratura successiva vedasi J. S. Ersch - J. C. Koppe *Literatur* cit., Parte I nn. 3030-3036.

separazione tra precetto religioso e precetto giuridico, verso un più razionale governo dei sudditi, verso una economia più sana ed una finanza più regolata, sono prese altrettanto poco in considerazione, quanto le aspirazioni della filosofia del diritto naturale per una precisa definizione (‹ Prägung ›) dei concetti, per la precisa formulazione di un sistema, per l'uso di un metodo deduttivo.

I pregi si rinvengono, piuttosto, nella parte tecnica ed in quella, poco appariscente, che potremmo dire profana: qui essa raggiunge una tale misura, da giustificare tutti gli onori dimostrati al legislatore, tutta la ammirazione tributata al Kreittmayr, tutta la longevità che ebbe la sua opera e tutto l'attaccamento che la nazione dimostrò alla stessa.

Questi pregi consistono nella sicura chiarezza dei precetti, nella giudiziosa risoluzione delle controversie, nella abilità di trovare il punto di mezzo tra una insufficiente generalizzazione, ed una esagerata casistica, nonchè nell'assoluto dominio del materiale dal quale venne attinto, sì, a piene mani, ma pur tuttavia con molta accortezza ed abilità.

Si aggiunga a ciò una originale quanto ingegnosa elaborazione dei particolari, là dove era possibile per Kreittmayr muoversi liberamente.

Più ancora tuttavia di tutto questo dovrebbe bastare alla sua fama la sana, coraggiosa e felice presa di posizione verso il diritto naturale la cui, per così dire, fatua incertezza Kreittmayr pone in risalto, senza però romperla definitivamente collo stesso. Mentre egli perciò parte dal diritto positivo patrio come da quello che deve sempre dare la giusta misura, non sdegna tuttavia qua e là di accogliere un principio universale di diritto naturale: solamente la giurisprudenza elegante, la cosidetta giurisprudenza culta storico-antica sembra essergli rimasta del tutto estranea [70].

3.

Al piano legislativo di Cocceji quello di Kreittmayr è decisamente superiore proprio per questo, che esso dà al diritto penale la posizione particolare che corrisponde alla sua importanza: il collegamento dello stesso col diritto penale, collegamento che nella opera di von Cocceji viene trascurato, qui appare posto nella giusta luce e regolato di conseguenza.

D'altra parte è proprio questo codice, quello in cui appaiono in modo più crudo gli svantaggi già sopra accennati. Specie feroci di pene, e loro inumani inasprimenti; applicazione delle stesse ai delitti contro la proprietà e la moralità, alla eresia ed alla stregoneria; la tortura incontrastata e senza limitazioni; ‹ praesumptio doli › nell'occultamento della gravidanza ed in molti altri reati: tutto ciò dà, come ben si comprende, un ben triste quadro di insieme.

70. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1, 225.

Come i difetti, anche i pregi, tuttavia, balzano evidenti agli occhi dell'osservatore: la chiarezza e la perspicuità di tutto l'insieme si ritrovano persino molto spesso anche nelle singole norme come per esempio in quelle sulle circostanze attenuanti ‹ Milderungsgründe › e sulla ubbriachezza [71].

Mentre questo *Codex criminalis* è anche l'unico che abbia seguito l'indirizzo codificativo dato dalla Prussia, nella materia civile la legislazione bavarese conserva in vigore, sia pure sussidiariamente, il diritto comune, ma ciò avviene, alla fin fine non per suo svantaggio, poichè più tardi questo fornirà la occasione per accogliere i progressi che la scienza nel frattempo avrà compiuto nel campo del diritto comune.

Generalmente il processo civile di Kreittmayr viene considerato come un lavoro straordinariamente riuscito, che ottenne un abbreviamento del processo mercè singoli provvedimenti intorno alla semplificazione ‹ Vereinfachung › ed alla concentrazione ‹ Zusammenfassung › senza introdurre nuovi principi.

4.

Il merito più importante di Kreittmayr è costituito però dalla codificazione del diritto civile.

In proposito a quest'ultima devesi dire che, sebbene di malavoglia, Kreittmayr prese per modello il sistema delle Istituzioni, che egli fa seguire da una appendice sul diritto feudale. Dal punto di vista del contenuto egli attinge: dal diritto romano e da quello comune particolarmente attenendosi alla letteratura dell'‹ usus modernus ›; dal diritto ecclesiastico particolarmente per il diritto matrimoniale, il diritto delle decime e quello successorio dei chierici; dalle leggi dell'Impero tedesco ed anche ripetutamente dai diritti locali e da quelli patrii; dalla legislazione del 1616; dalla serie di più antiche ordinanze; dall'uso dei Tribunali e dalle antiche consuetudini [72].

In questo modo Kreittmayr si dimostra, assai più che non von Cocceji, indipendente dal diritto romano, perchè von Cocceji, nonostante che molto spesso creda di stabilire una norma di diritto naturale, tuttavia rimane legato al diritto d'oltr'Alpe.

In Baviera, invece, istituti germanici ed usi territoriali vengono tenuti energicamente fermi; titoli delle Pandette ed azioni ormai superate vengono quanto meno grandemente ridotte, pur se Kreittmayr per via del suo compito si veda legato a molte sottigliezze romane. Purtuttavia persino nella decisione delle controversie egli va tanto lontano, da non deciderle secondo il proprio convinci-

71. Stintzing - Landsberg *Ibid.* III 1, 224.
72. Stintzing - Landsberg *Ibid.* III 1, 225.

mento, ma secondo il punto di vista comune o più comune, che egli a questo fine accuratamente ricerca.

Dove, tuttavia, la imbrogliata ed inconsistente dottrina comune lo pianta in asso [73], cioè dove codesta dà adito alla libertà di giudizio, qui Kreittmayr sia come pratico, sia come abile creatore di diritto (‹ Rechtsschöpfer ›) dà buona prova della sua abilità tanto che le sue creazioni hanno avuto influenza persino sul diritto comune applicato fuor della Baviera.

Un'altra notevole differenza tra von Cocceji e Kreittmayr si può rinvenire in ciò, che, mentre quest'ultimo guarda senza sospetto l'influsso che in futuro la consuetudine, la pratica, e la scienza possono esercitare sul diritto che dalla sua opera prende vita, von Cocceji invece, come abbiamo visto, procede al riguardo con molta grettezza.

Lo spirito pratico che nella opera di Kreittmayr si dimostra dappertutto, nonchè la schietta e risoluta espressione legislativa dimostrano che egli è pienamente cosciente della sua posizione di legislatore. Egli sa che il diritto vigente riposerà sull'ordine non della filosofia, ma di questa sua legge, alla quale corrisponde, dietro ogni personale abnegazione, una oggettiva precisione che spicca nel dettato di ogni precetto.

5.

Accanto a ciò Kreittmayr sentì il bisogno di giustificare e spiegare la sua opera.

Così, all'incontrario di von Cocceji, egli passò dalla attività legislativa a quella letteraria mercè la *Anmerkungen* che egli pubblicò sopra i suoi Codici [74].

Con una piacevole prolissità, non disgiunta da un certo senso di umorismo, Kreittmayr mostra in queste sue *Note* tutta la sodezza della sua dottrina e della sua cultura letteraria; cita con rara completezza tutti gli autori sia precedenti sia contemporanei persino nelle loro singole dissertazioni: accosta i punti di vista dei diversi autori su ogni singolo punto e li commisura senza pregiudizi alla sua personale esperienza, riuscendo a dire molto spesso la parola che coglie nel segno [75].

Le *Anmerkungen* quindi, oltrecchè offrire ai giuristi bavaresi una interpretazione quasi autentica dei codici, presentano anche allo studioso del diritto comune un fedele specchio della situazione intorno alla metà del Settecento

73. La stessa cosa avveniva nel sistema del diritto comune come io a suo tempo ho ampiamente ricordato: cfr. E. Bussi *Intorno al concetto di diritto comune* (Milano 1935) 45 ss.; E. Bussi *Lineamenti di un sistema del diritto comune* (Milano 1949) 52.

74. W. X. A. von Kreittmayr *Commentarius in Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem* (München 1756-1763); e (eiusdem) *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum bavaricum civilem* (München 1758-1760) <in 5 Parti>.

75. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1, 226.

Secondo la intenzione dell'autore le *Anmerkungen* dovevano servire in pari tempo per la istruzione universitaria in Baviera: come introduzione a tutto ciò ed alla sua legislazione Kreittmayr compose ancora un *Compendio della scienza del diritto privato comune e bavarese*[76].

Una volta inoltratosi nella attività letteraria, passando oltre le materie svolte nella sua legislazione, Kreittmayr si volse ora a quelle materie che lo interessavano sia per la sua precedente attività sia per la sua attuale posizione di Cancelliere bavarese: il diritto pubblico e quello amministrativo. Già il quinto libro delle *Anmerkungen zum Landrecht* è connesso al codice civile per via del primo capitolo che tratta del diritto feudale (mentre nel codice predetto il diritto feudale viene collocato, al contrario, in una appendice). Inoltre l'ultimo, cioè il quinto, libro della *Anmerkungen* svolge argomenti che sono per metà pubblicistici e che non riguardano il diritto feudale (o vi accennano solo con qualche parola), cioè il diritto particolare dei singoli ‹ Stände ›; degli ecclesiastici; dei militari; dei nobili; dei docenti; dei funzionari; dei cittadini; dei commercianti; degli artigiani e dei contadini; delle persone disoneste; delle associazioni religiose e delle comunità: « ben difficilmente — scrive Puetter a proposito di questo quinto libro delle *Anmerkungen* — si potrà trovare come in questo, raccolto in un solo volume per gli argomenti in esso trattati, così ricco materiale da sfruttare, gran parte del quale inoltre non ha scarso riferimento al diritto pubblico »[77].

In questa disposizione, che sposta alla fine del sistema la diversità degli ‹ Stände › è inconfondibile la reminiscenza di una idea di Thomasius: il contenuto è però, proprio qui particolarmente, ricco in schiarimenti di ogni specie, da meritare, come abbiamo visto, l'elogio di Puetter. Di qui al vero e proprio diritto pubblico noi arriviamo mediante il *Compendio del diritto pubblico universale tedesco e bavarese*[78].

L'opera è scientificamente significativa già per ciò, perchè, proprio nel senso di J. J. Moser, espone secondo una severa tricotomia il diritto statuale di un singolo territorio, accuratamente tenendolo separato sia dal diritto filosofico-astratto sia dal diritto pubblico comune tedesco.

Si tratta, per la verità, di un solo volume, il quale però è diviso in tre parti ben distinte: Parte I, « Das allgemeine Staatsrecht » (1-74); Parte II, « Das Teutsche Staatsrecht » (75-176); Parte III, « Das Bairische Staatsrecht » (177-459); nelle quali la chiarezza del dettato è sempre pari alla vivacità della trattazione.

76. W. X. A. von Kreittmayr *Grundriss der gemeinen und bairischen Privatrechtsgelehrsamkeit (Civil-Criminal-Recht und Gerichtsordnung)* (München 1768) (1777) ‹Trad. anche in latino 1768, 1773, 1777›.

77. J. S. Puetter *Litteratur* cit., Parte II 91: « Von allem dem wird man schwerlich so viel brauchbares, als hier, in einem Bande zusammen antreffen. Vieles darunter hat auch aufs Staatsrecht nicht geringe Beziehung ».

78. W. X. A. von Kreittmayr *Grundriss des allgemeinen und Teutschen Staatsrechts*; I. Theil: *von dem allgemeinen Staatsrechte, mit Erlaubniss der Oberen* (München 1770).

È ovvio che la terza parte, scritta da un tale uomo dopo tante esperienze in tanti importanti pubblici uffici, è anche dal punto di vista della materia veramente inapprezzabile [79]. Se poi si aggiunge che Kreittmayr ha raccolto in ordine sistematico le notevoli ‹ *Generalien und Landesordnungen* › bavaresi [80] così rivelando per il suo tempo una comprensione affatto nuova del diritto amministrativo, ben si comprende come la Baviera non solo vada debitrice a quest'uomo di una ampia legislazione, ma anche di una completa elaborazione scientifica di tutto il suo diritto pubblico e civile, come nessun'altro Stato territoriale tedesco di quest'epoca si si può vantare.

Si può facilmente ammettere che nonostante tutta la educazione gesuitica e malgrado la indubbia credenza nelle streghe e negli spettri, Kreittmayr fosse di sentimenti più liberali della sua legislazione.

6.

Egli sollecitò la fondazione di una accademia bavarese della scienza, e, quando codesta prese vita nel 1759, ne divenne Vice-Presidente. Dopo il repentino mutamento clerical-reazionario che ebbe luogo il 1779 col ‹ Kurfürst › Carlo Teodoro, sembra persino che egli siasi ritirato dalla attività di uomo di Stato pur rimanendo nell'ufficio e nel prestigio dello stesso.

Della importanza che la opera legislativa della sua vita doveva acquistare in tutta la Germania per la evoluzione di tutta la legislazione e la scienza giuridica tedesca, Kreittmayr ebbe precisa coscienza non solo per l'apprezzamento dei precedenti simili in Prussia ma anche per via dei simili progetti negli altri territori: sembra con ciò, così egli dice, di avere aperto « eine ganz neue Epoche jurisprudentiae germanicae » [81]. Se anche ciò non accadde così presto come pensava Kreittmayr, tuttavia l'opera sua e quella di von Cocceji rimangono pietre miliari sul cammino del diritto comune che era prossimo a scomparire: alla scomparsa di questo contribuirono grandemente non solo la arbitraria casistica e la idolatria per l'astratto diritto naturale, ma anche colpi violenti che gli vennero portati dalle codificazioni territoriali, che ormai andavano prevalendo.

L'indirizzo di diritto naturale consegue la sua più grande vittoria nell'opera legislativa che in questa epoca, come sempre, costituisce nello stesso tempo un documento della evoluzione della scienza giuridica.

I più importanti di tali lavori legislativi ho già precedentemente esaminato, e nel capitolo quinto esaminerò l'opera di codificazione austriaca.

79. J. S. PUETTER *Litteratur* cit., Parte II, 90, § 376, parlando di questa opera del Kreittmayr dice: « Ich weiss keines von unseren Teutschen Chur- und Fürstenthümern, das sich noch eines ähnlichen und eben so brauchbaren Werkes von seinem besondern Staatsrechte zu rühmen hätte ».

80. W. X. A. F. v. KREITTMAYR *Sammlung der neuesten und merkwürdigen Kurbairischen Generalien und Landesverordnungen* (München 1771).

81. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., III 1, 226.

CAPITOLO QUARTO

Il secondo tentativo prussiano di codificazione e l'opera di Carl Gottlieb Svarez.

1.

Qui devo di nuovo rivolgere la mia attenzione al movimento legislativo prussiano che porta alla ‹ Allgemeine Gerichtsordnung › nonché al ‹ Preussisches Landrecht ›.

Il sorgere ed il compimento di questi codici venne seguito attentamente attraverso tutta la Germania dalla più viva attenzione del pubblico, e, non meno, dalla più vivace attività letteraria dei competenti, proprio perchè non solo si trattava, come noi oggi diremmo, dello Stato-guida (‹ der Musterstaat ›) dell'illuminismo assolutistico, ma anche perchè da parte del governo prussiano un tale movimento venne alimentato con pubblicazioni, inviti, bandi di concorso.

L'ideale del tempo, per quanto riguarda una tale legislazione, venne disegnato da Lucas Fenderlin nei suoi *Pensieri sopra la formazione di un codice universale per il miglioramento della giustizia*[82] apparso anonimo nel 1770. In questa opera il Fenderlin raccomandava che nel modo di porgere la legge ogni regola giuridica venisse compresa in una sola massima, secondo l'esempio della matematica; di non spaventarsi, per quanto riguardava il contenuto, di cambiare il diritto romano; infine di considerare sistematicamente l'uomo anzitutto per sè stesso, e poi nei suoi rappporti con gli altri.

Inoltre egli consigliava di porre il diritto di proprietà come il diritto fondamentale, essendo che proprio a codesto mirano le azioni dell'uomo nei confronti delle cose, e di trattare il diritto ereditario solo some una parte dell'acquisto della proprietà. Il pegno mobiliare sarebbe da ammettere solo come diritto di pegno accompagnato da tradizione (‹ Faustpfand ›); il pegno immobiliare invece, solo come ipoteca iscritta nei libri (‹ Buchmässige Hypothek ›);

82. L. Fenderlin *Gedanken über die Verabfassung eines allgemeinen Gesetzbuches zur Verbesserung derer Justizverfassung* (Bresslau 1770-1773) <in 4 Parti>.

le sottigliezze del diritto testamentario romano sarebbero da abolire. Nei particolari di questi punti di vista fondamentali Fenderlin è quasi sempre, per contro, solamente l'eco di un diritto naturale influenzato da tendenze germanistiche: ma mercè l'abile concezione d'insieme ed anche a cagione dei punti di contatto che l'autore aveva con Svarez — di cui parleremo ampiamente nella terza parte di questo lavoro — per via del paese d'origine, il suo scritto acquistò una immediata influenza.

Che esso, conformemente ai desideri di Federico il Grande, della Prussia e di tutta la Germania, presupponga ed aspiri ad una vera codificazione, ben si intende dopo tutto quello che ho sin qui detto: però Federlin pensa che questa codificazione debba venir realizzata in modo non prolisso e venir così presentata, che possa essere senz'altro accessibile al popolo.

Colla stessa intuizione egli pubblicò un *Tentativo di un estratto delle leggi romane in libera traduzione al fine della redazione di un codice popolare* [83]: questo lavoro trovò tuttavia una sfavorevole accoglienza.

Un compendio di genere del tutto diverso, composto con singoli titoli delle Pandette, presentò per altri scopi il cognato di Goethe, Johann Georg Schlosser, allora ‹ Hofrath › del Baden, con lo scritto divenuto famoso: *Proposta e tentativo di un miglioramento del diritto civile tedesco senza abolizione del codice romano* [84].

Elegante come scrittore, e meticolosamente serio e coscienzioso nella vita e nel pensiero; nello stesso tempo liberale «im suddeutsch-antiprussischen Sinne», e giudizioso uomo di affari; ricco d'esperienza, e particolarmente non solo incline ma abile a scorgere le cose in modo diverso da quello dagli altri considerato [85], Schlosser in questo scritto si getta da solo contro la corrente

83. L. FENDERLIN *Versuch eines Auszuges der römischen Gesetze in einer freien Uebersetzung zum Behufe der Abfassung eines Volks-Codex* (Bresslau 1783-1787).

84. G. SCHLOSSER *Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des deutschen bürgerlichen Rechts ohne Abschaffung des römischen Gesetzbuches* (Leipzig 1777).

85. Johann Georg Schlosser, nato a Frankfurt am Main il 7.12.1739 e quivi morto il 7.10.1799 esercitò la avvocatura nella città natale dal 1762 al 1763 divenendo amico di Goethe col quale collaborò anche letterariamente come Capo-Redattore dello « *Frankfurter Gelehrten Anzeiger* ». Nel 1773 divenne ‹ *Hof- und Regierungsrath* › del Margravio di Baden e sposò Cornelia Goethe, la sorella del poeta, la quale, dopo un matrimonio poco felice, morì nel 1777 in Emmendingen durante il suo ‹ Oberamtmannszeit ›. Nel 1778 contrasse un nuovo matrimonio con Johanna Fahlmer amica di Goethe e parente di F. ed J. G. Jacobi. Più tardi divenne ‹ Geheimrat › ed ‹ Hoher richterlicher Beamter › in Karlsruhe ed infine ‹ Syndicus › in Francoforte. In stretti rapporti con l'indirizzo religioso di Lavater e di F. L. von Stolberg nonchè del loro gruppo, venne, come costoro, in contrasto crescente con Goethe, col pre-romanticismo di F. Schlegel e colla filosofia critica di Kant. Persona molto colta, ebbe molti interessi scientifici, come provano le sue molte pubblicazioni in svariati campi: politica, giurisprudenza, economia, storia, etica, e filosofia. Oltre le opere citate nel testo vanno ricordate del nostro: *Katechismus der Sittenlehre für das Landvolk* (1771); e *Kleine Schriften* 6v (1779-1793). Su di lui vedansi: A. NICOLOVIUS *Johann Georg Schlosser. Sein Leben und Wirken* (1884); E. GOTHEIN *Johann Georg Schlosser als ba-*

dominante, poichè egli si pronunzia contro la idea di una codificazione rivoluzionaria: tutti i miglioramenti sul piano giuridico come tutti quelli in genere sul piano morale dovrebbero venir introdotti poco a poco ed in ogni caso solo fino ad un certo punto e mai completamente.

Per questo, e perchè egli con l'occasione si scosta dalle familiari concezioni, vi è stato taluno che ha chiamato Schlosser un precursore, anzi, persino in senso esagerato, il vero fondatore della scuola storico-giuridica.

Vero è che tale affermazione non tiene conto del fatto che Schlosser non ha mai coltivato studi storici; che egli inoltre nella sua concezione storica del sistema feudale si scopre pericolosamente esponendosi a facili e non sempre infondate critiche; che egli infine dal completo rinnegamento del diritto naturale ritornò più tardi senza transizioni ad usare lo stesso considerandolo anzi come metro critico per la legislazione prussiana [86]; ma, in sostanza, non è forse vero che la intuizione della scuola storica già si trova nel nocciolo del pensiero di Schlosser? È innegabile, però, che da quel primitivo lavoro non balza fuori una profonda conoscenza della natura del diritto, ma, piuttosto, lo spirito di contraddizione di un burbero fustigatore morale.

Il progetto tuttavia, che egli svolge come equivalente della codificazione, di trarre cioè dalla raccolta di Giustiniano un nocciolo piccolo ma sostanzioso di regole legislative, si tramuta in sostanza in un piano simile a quel ‹ Corpus juris reconcinnandum › di fronte alla cui inattuabilità erano naufragate tutte le lunghe fatiche di un Leibnitz [87]; ci si poteva aspettare un più felice e convincente risultato dalle prove e dagli esempi che Schlosser adduce: gli esempi fatti da Schlosser raggiungono veramente una incredibile concisione, ma ciò avviene solamente mercè una brutale irriguardosa violenza alle fonti romane, dalle quali vengono estratte solo alcune generalissime regole, previa eliminazione del vero contenuto materiale. Ciò che Schlosser ottiene con questo procedere, potrebbe, se mai, essere utilizzabile come materiale e come filo conduttore per una nuova attività legislativa.

Che ciò non potesse subentrare al posto del ‹ Corpus juris civilis › avrebbe dovuto Schlosser stesso riconoscere a prima vista: egli che, poco dopo, nel 1790, seppe dire tante cose che colpivano nel segno, quando scrisse *Sopra lo studio della pura giurisprudenza romana* ed intonò le lodi della casistica romana.

discher Beamter (1889); C. WALBRACH *Johann Georg Schlosser und sein Anteil an den Vorarbeiten zum Fürstenbund* (1923); G. WITKOWSKI *Cornelia, die Schwester Goethes* (1924²); E. BEUTLER in *Essays um Goethe* (1941); M. DÜFNER *Goethe, Johann Georg Schlosser und der kranke Pascal*, in « *Modern Language Quarterly* » 14 (1953). J. G. Schlosser non è da confondere con Friedrich Christoph Schlosser, lo storico nato a Javer il 17.11.1776, e morto ad Heidelberg il 23.9.1861.

86. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., III 1, 467.

87. Su Gottfried Wilhelm Leibnitz cfr. J. S. PUETTER *Litteratur* cit., Parte I 251 ss., nonchè Parte II 363.

Chi, qui, riconosce così delicatamente la importanza educativa della massa principale dei ‹ *Digesti* ›, non avrebbe dovuto, là, dimenticare che le stesse parti e le stesse proprietà integranti, costituiscono pur sempre lo spirito del ‹ *Codex* ›, e che porre al loro posto alcune norme generali non significa conservare, ma distruggere il diritto romano.

Le esposizioni di Schlosser, d'altronde, sollevarono in Prussia un certo interesse solamente per il fatto che, colà, al tempo di von Cocceji erasi dato alla codificazione un fondamento romanistico.

2.

Il merito di avere portato in porto l'opera di codificazione doveva spettare in Prussia a tre uomini di temperamento diverso, ma i cui talenti si fusero armonicamente nel compimento del grandioso incarico: Carmer, Svarez e Klein.

Con la nomina del fin qui ‹ Justizminister › slesiano Johann Heinrich Kasimir von Carmer[88] a Gran Cancelliere e ‹ Chef der Justiz › la notte di Natale 1779, comincia il secondo periodo della attività legislativa del governo di Federico, e per la verità si tratta di un periodo che non ha alcun collegamento col precedente, il quale era venuto a finire, come abbiamo visto, con la morte di Cocceji. Se Carmer non ha, come una volta aveva fatto von Cocceji, elaborato da sè solo i progetti di legge, egli ha però dedicato alla loro confezione una continua e per tutti i versi mediatrice attività; egli ha, per questo scopo, chiamato a sè le persone adatte e ad esse ha saputo assicurare la necessaria libera attività, senza per questo lasciare venir meno la sua direzione coordinatrice; egli ha inoltre saputo non solo conservare il suo posto anche sotto Federico Guglielmo I, ma anche guidare in porto con mano sicura la grande riforma della giustizia, quando, proprio davanti a questo porto, tutta la sua opera aveva minacciato di naufragare per gli intrighi degli uomini della nuova era. In questo senso egli merita davvero di venire designato come il creatore della legislazione pressiana.

Anche sotto il profilo giuridico, però, la collaborazione di von Carmer non è da sottovalutare, se si tien conto del modo come era stato organizzato il lavoro: su tutta quanta la ampiezza degli elaborati progetti di legge doveva a lui venire regolarmente fatto un rapporto orale; su questo sorgevano regolar-

88. Johann Heinrich Kasimir Graf von Carmer, ministro prussiano di giustizia, nato a Kreuznach il 29.12.1721, e morto a Rützen il 23.5.1801, divenne nel 1763 ‹ Präsident der Regierung › in Bresslau, nel 1768 Ministro della Giustizia in Slesia e nel 1779 ‹ Grosskanzler ›. A lui Federico II, come sopra dico nel testo, affidò il compito del riordinamento della giustizia, nell'espletamento del quale dimostrò accortezza politica ed ampiezza illuminata di idee. Oltre che l'‹ *Allgemeines Landrecht* › vide la luce sotto il suo ministero la ‹ *Schlesische Landschaft* › (1770). Su di lui vedasi: E. SCHMIDT, in *Schlesische Lebensbilder* II 1926.

mente fondamentali discussioni; codeste terminavano con delle conclusioni prese da Carmer; e conformemente alle conclusioni prese dal Gran Cancelliere doveva far seguito la definitiva redazione [89].

Su per giù queste conclusioni corrispondevano — così si può ben ritenere — alle proposte dei consiglieri relatori, ma quanto meno su un punto sostanziale spettò a Carmer di formulare il pensiero creativo. Si tratta, forse, della più singolare disposizione all'interno di questa legislazione, quella, cioè, con la quale venne del tutto abbandonato il diritto sin qui vigente e realizzata una idea completamente nuova: voglio accennare, cioè, alla introduzione della ‹ Official-Maxime › nel processo civile [90].

È difficile in relazione a questo principio pesare giustamente i meriti personali di ogni collaboratore per difetto di materiale obiettivo nonchè di chiarezza dello stesso; ma proprio là dove si tratta di riforme, tutti riconoscono a Carmer « das Verdienst des ersten Gedankens ».

Per contro la lode per la accurata elaborazione dei pensieri, per la ponderazione acuta e prudente, per la cognizione delle cose e per la abilità con la quale la norma viene formulata, spetta a Carl Gottlieb Svarez, il vero autore della ‹ *Allgemeine Gerichtsordnung* ›, e del ‹ *Preussisches Landrecht* › come pure delle leggi collaterali che lo riguardano.

Carl Gottlieb Svarez [91] (originariamente Schwartz) nacque il 27 febbraio 1746 in Schweidnitz, ove suo padre — Gottfried Svarez, un avvocato appartenente ad una famiglia originaria del Vorpommern — aveva ricevuto gran danno durante i disordini della guerra dei Sette Anni. Per quanto la famiglia fosse grandemente impoverita, Svarez potè studiare alla Università prussiana di Frankfurt an der Oder dal 1762 al 1765 ove ascoltò le lezioni di filosofia e di giurisprudenza tenute da Joachim Georg Darjes [92], che lo iniziò alla cono-

89. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., III 1, 468.

90. ‹ Offizialmaxime › od ‹ Offizialprinzip › è il principio per cui il Giudice deve indagare ed accertare lo stato di fatto per autorità di ufficio, senza essere limitato dalle prove chieste o fornite dalle parti o dalla esposizione dei fatti da costoro presentata. L'opposto principio è quello della ‹ Verhandlungsmaxime ›. Oggidì in Germania la ‹ Offizialmaxime › si applica in tutti i procedimenti, meno che nel processo civile (eccettuato quello riguardante la materia famigliare) ed in quello del lavoro che è connesso al medesimo.

91. Su C. G. Svarez vedansi: C. GOSSLER *Beiträge zur Lebensgeschichte des Geheimen-Ober-Justiz- und Tribunal-Rathes Carl Gottlieb Svarez*, in « *Juristische Miszellen* » Heft (Berlin 1810) 60 ss.; C. A. von KAMPTZ *Svarez, Ein biographisches Fragment*, in « *Jahrbücher für die preussische Gesetzgebung* » 41 (1833) 1 ss.; A. STÖLZEL *Carl Gottlieb Svarez. Ein Zeitbild aus der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts* (Berlin 1885); E. SCHMIDT *Carl Gottlieb Svarez*, in *Schlesische Lebensbilder* 2 v., *Schlesier des* 18. *und* 19. *Jahrhunderts* (Bresslau 1926) 29 ss.; E. SCHWARTZ *Carl Gottlieb Svarez*, 200 *Jahre Dienst am Recht. Gedenkschrift aus Anlass des* 200 *jährigen Gründungstages des Preussischen Justizministeriums*. A cura di Franz Gürtner (Berlin 1938) 367 ss.; E. WOLF *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (Tübingen 1951³) 421 ss.

92. Su questo giurista cfr. nota 97.

scenza del diritto naturale e che ebbe su di lui la più grande influenza. Per quanto Darjes fosse un avversario di Christian Wolff (1679-1754) Svarez si andò sempre più avvicinando alle dottrine di quest'ultimo.

Dopo aver finiti i suoi studi Svarez, sotto la direzione di Johann Heinrich Casimir von Carmer, ministro di giustizia per la Slesia, si dedicò all'adempimento dei molteplici compiti a lui affidati (riforma della amministrazione giudiziaria della sua città natale; organizzazione di un sistema creditizio per la nobiltà terriera della Slesia; riorganizzazione della istruzione slesiana).

Carmer, quindi, lo prese con sè perchè collaborasse ai suoi piani di una riforma generale della giustizia. Quando Carmer venne nominato da Federico II ‹ Grosskanzler ›, avendo, per di più, l'incarico di dar vita alla riforma giudiziaria e di rinnovare la legislazione, chiamò subito a Berlino quale suo collaboratore Svarez, che già così buona prova di sè aveva dato nella esecuzione dei compiti affidatigli.

Da questo momento comincia quel periodo della vita di Svarez carico di pubbliche responsabilità — poichè in stretta collaborazione col Gran Cancelliere, egli ha per un decennio collaborato al rinnovamento della legislazione prussiana — che prende inizio colla riforma del diritto civile. Caratteristica principale della riforma fu che l'impulso privato nel processo comune, che procrastinava sempre le liti, venne sostituito da un rigido impulso di ufficio.

3.

Già poche settimane dopo che eragli stato affidato l'incarico, veniva redatto il progetto di una ordinanza processuale, che il 26 aprile 1781 venne pubblicato con il titolo di ‹ *Corpus Juris Fridericianum, I Buch, Von der Processordnung* ›.

Tuttavia solamente colla successiva riforma, che venne effettuata di questa Ordinanza processuale, venne compiuto un importante passo per il completo rinnovamento del diritto.

Mercè la patente 6 luglio 1793 venne pubblicata la ‹ *Revidierte Gerichts-und Processordnung* › (cioè la così detta ‹ *Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten, I Theil* ›), la quale regolava solo il procedimento civile, mentre il procedimento penale trovava definitiva norma nella ‹ Kriminalordnung › del l'11 Dicembre 1805.

Al regolamento del diritto processuale civile nell'ordinanza processuale del 1781 fecero seguito due importanti leggi complementari che vennero redatte da Svarez: la ‹ Depositalordnung › del 17 settembre 1783 e la ‹ *Allgemeine Hypothekenordnung für die gesammten königlichen Staaten* › del 20 dicembre 1783. Alla materia giuridica che trova norma in queste due leggi Svarez ha dedicato una limpida e approfondita esposizione nei suoi ‹ Vorträge › avanti il Principe

ereditario di Prussia e di conseguenza, come giustamente scrive H. Conrad « seiner geistigen Urheberschaft ein würdiges Denkmal errichtet » [93].

Il secondo libro del ‹ Corpus Juris Fridericianum › del 1781 che iniziava con la ‹ Processordnung › doveva anche racchiudere la codificazione del diritto materiale che la ‹ Kabinettsorder › di Federico II in data 14 aprile 1780 col quale veniva affidato l'incarico di rinnovamento della legislazione aveva particolarmente di mira.

Sotto la guida e la collaborazione di Svarez i lavori preparatori per l'opera legislativa erano già conchiusi nel 1784 cosicchè il relativo progetto negli anni 1784-1788 poteva venir pubblicato e presentato alle critiche della pubblicità.

Le penetranti osservazioni e le numerose prese di posizione (‹ Monita ›) vennero vagliate ed accuratamente studiate con cura da Svarez, cosicchè alla fine, mercè il ‹ Publikationspatent › del 20 marzo 1791 l'opera legislativa poteva venir pubblicata.

La sua entrata in vigore fissata per il 1 giugno 1792 venne tuttavia, con provvedimento del 18 aprile successivo, sospesa dal Re, che era rimasto impressionato dal malumore di Wöllner e di Goldbeck avversi all'indirizzo illuministico [94].

Carl Gottlieb Svarez con una ammirevole abnegazione si sottopose all'ulteriore gravosa fatica di un'ultima ‹ Rückrevision › della sua opera, che finalmente, il 5 febbraio 1794, venne pubblicata come ‹ *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* ›, che ebbe efficacia legislativa a far capo dal 1 giugno 1794 [95].

93. Nella ‹ Einleitung › a C. G. Svarez *Vorträge über Recht und Staat* (Köln-Opladen 1960) xx.

94. Su J. C. Wöllner, cfr. più avanti, nota 111.

95. Per la storia dello ‹ *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* › vedansi: M. J. Euler *Geschichtliche Einleitung in das Studium des allgemeinen Preussischen Landrechts*, in « *Jahrbücher der Preussischen Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung* », a cura di K. A. von Kamptz, 32 (1828) 3 ss.; E. Schwartz *Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutscland und die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, in « *Archiv für bürgerliches Recht* » 1 (1889) 12 ss.; E. Landsberg *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft* I 3 (München-Leipzig 1898) 214 ss., 465 ss.; C. Bornhak *Preussische Staats- und Rechtsgeschichte* (Berlin 1903) 246 ss.; E. Schmidt *Rechtsentwickelung in Preussen* (Berlin 1929) 25; W. Dilthey *Das Allgemeine Landrecht*, in *Gesammelte Schriften*. XII: *Zur Preussischen Geschichte* (Leipzig-Berlin 1936) 131 ss.; H. Thieme *Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie*, in « *ZRG. Germ. Abt.* » 56 (1936) 202; H. Thieme *Die preussische Kodifikation. Privatrechtsgeschichtliche Studien*, II, in « *ZRG. Germ. Abt.* » 57 (1937) 355 ss.; H. Thieme *Das Gesetzbuch Friedrich des Grossen. Zum 150. Jahrestag des Todes Friedrichs des Grossen am 17 August 1786*, in « *Deutsche Juristen Zeitung* » 41 (1936) 939 ss.; F. Wieacker *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Rechtsentwickelung* (Göttingen 1952) 201 ss. A questa bibliografia si possono aggiungere le seguenti opere: H. Conrad *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794*, in ‹ Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaften, 77 › (Köln-Opladen 1958); G. Kleinheyer *Staat und Bürger im Recht. Die Vorträge des Carl Gottlieb Svarez*

Questo significava, per essere esatti, che lo ‹ *Allgemeines Landrecht* › doveva aver valore sussidiario nel senso che sarebbesi dovuto applicare là dove faceva difetto il diritto statutario o provinciale dei singoli luoghi, diritto che avrebbe dovuto venire raccolto in codici particolari.

Poichè questa condizione ebbe a verificarsi solo in piccola parte e precisamente per la Prussia Orientale e per quella Occidentale, così ne conseguì che lo ‹ *Allgemeines Landrecht* › venne di fatto applicato in tutte le provincie prussiane.

Colla pubblicazione del Codice il compito di Svarez era finito, come finite erano le sue forze: il 27 maggio 1798 il ‹ Geheim-Ober-Justiz-und Tribunalsrath ›, membro della commissione per la codificazione, nonchè consigliere relatore ‹ der Pfälzer Kolonie ›, Carl Gottlieb Svarez, moriva in Berlino.

4.

Fra tutti gli altri funzionari di giustizia che vennero associati ai lavori di legislazione, per quanto valenti possano essere stati, spicca tuttavia solo Ernst Ferdinand Klein [96] come personalità pari a Svarez.

Egli era già, dai tempi di Breslau, amico di Svarez ed ora in serena concordia di intenti sotto di lui ed accanto a lui partecipò dal 1781 al 1791 alla grande opera. Klein, il quale da principio erasi dedicato alla avvocatura, aveva preso motivo dalla esperienza fatta in questo campo per i suoi *Pensieri sopra il pubblico dibattito dell'agire giuridico e sull'uso dell'eloquenza presso i tribunali* [97].

Essi costituiscono uno dei primi scritti in favore del procedimento orale e muovono dal punto di vista che, a causa della necessità di una difesa veramente libera, le forze più deboli debbano venir scoraggiate dall'esercizio della avvocatura, il che porterebbe alla conseguenza che tutto il ceto degli avvocati migliorerebbe in qualità. Da questo pensiero escono le sue *Trattazioni varie sopra oggetti della legislazione e dell'amministrazione giudiziaria* [98], le quali, biasimando

vor dem preussischen Kronprinzen (1791-1792), in « *Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen* ». Herausgegeben von der Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Bonn, 47 (1959); H. Thieme *Carl Gottlieb Svarez in Schlesien, Berlin und anderswo* (con altra bibliografia), in «*Juristen-Jahrbuch*» (1965-66) 1 ss.

96. Ernst Ferdinand Klein nato il 3.9.1743 a Bresslau e morto a Berlin il 18.3.1810, divenne nel 1786 ‹ Kammergerichtsrath › in Berlino; nel 1791 Professore alla Università di Halle; nel 1800 ‹ Obertribunalrat › in Berlino. Come io ricordo nel testo, sin dal 1781 partecipò alla elaborazione della parte penale dell'‹ *Allgemeines Landrecht* › e fu il primo propugnatore di un sistema di misure protettive e completanti il sistema delle pene. Nei circoli dell'Illuminismo berlinesi fu una delle figure più di rilievo. Su di lui vedasi: H. Mumme *Ernst Ferdinand Klein's Auffassung von der Strafe und den sichernden Massnahmen* (1936).

97. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1, 470.

98. E. F. Klein *Vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtspflege* (Leipzig 1779-1780).

gli svariati difetti della pratica richiamarono l'attenzione di Carmer sul suo autore.

Il compito che a questi venne attribuito nella Commissione legislativa era soprattutto la relazione dell'abbozzo del progetto (‹ Vorentwurf ›) che Svarez poneva poi a fondamento del suo lavoro: particolare influenza, a questo proposito, sembra aver esercitato Klein sulla conformazione del diritto matrimoniale e di quello penale.

Poi, siccome egli erasi fatto conoscere colla sua attività letteraria — più tardi tornò infatti allo studio teoretico del diritto — gli toccò il compito principale delle comunicazioni intorno ai materiali, ai progressi, al contenuto ed alla efficacia della legislazione da indirizzare al mondo di legge.

A questo scopo servirono gli *Annali della legislazione e della scienza giuridica negli stati prussiani*[99] da lui editi, con numerose delucidazioni tratte dalla ‹ Gesetzes-Commission › e dalla pratica: inoltre il suo *Estratto del codice comune per gli Stati prussiani* trasformato da Klein stesso in un *Sistema del diritto civile prussiano*[100].

Tanto la rivista quanto il *Sistema*, diventarono le opere che furono più ricche di influssi sulla letteratura contemporanea, in quanto che, com'è intuitivo, stavano in strettissimi rapporti collo spirito del nuovo diritto prussiano.

L'unico aspro attacco che il *Progetto di un codice comune per gli Stati prussiani* pubblicato un po' per volta tra il 1784 ed il 1788 ebbe a subire, partì di nuovo da Schlosser per via delle sue *Lettere sopra la legislazione in generale e sul progetto di un codice prussiano in particolare*[101]. In quanto queste lettere negano semplicemente la vocazione del loro tempo alla legislazione, esse si fondano in sostanza su motivi politico-liberali, e per vero il loro autore non crede ancora la sua epoca, caratterizzata da un governo monarchico assolutistico, matura per una legislazione la quale possa assicurare l'indipendenza civile e garantire il movimento cittadino di libertà.

Per quanto poi queste lettere particolarmente si rivolgono contro la legislazione prussiana, esse colgono giustamente nel segno, quando additano alcuni difetti della stessa, come la continua intromissione del punto di vista amministrativo, ed il retrogrado divieto di una libera interpretazione giudiziale.

Tuttavia esse mescolano alle osservazioni giuste tanti rilievi non soddisfacenti, e svolgono delle esposizioni di diritto naturale storicamente tanto errate; esagerano tanto là ove entrano nella critica dei singoli paragrafi; contengono tanto evidenti sofisticherie, che fu facile a Klein confutare brillantemente le

99. E. F. KLEIN *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preussischen Staaten* 26v (Berlin 1788-1808).

100. E. F. KLEIN *Auszug aus dem Allgemeinen Gesetzbuch für die preussischen Staaten* (Halle 1792-1793); E. F. KLEIN *System des preussischen Civilrechts* (Halle 1801).

101. J. G. SCHLOSSER *Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere* (Frankfurt 1789).

critiche mediante una risposta a Schlosser che è straordinariamente delicata nella forma pur essendo nella sostanza priva di riguardi. Particolarmente riuscì a Klein di mettere nella luce più chiara la arbitrarietà della concezione storica e la maliziosità delle singole tesi del suo avversario, che si dimostrava più ingegnoso che logico.

Tanto maggior lode raccolsero sia il progetto sia lo stesso definitivo *Landrecht* da tutte le altre parti[102].

Già ho avuto occasione di ricordare come Puetter esprimesse la speranza che da ciò potesse venir fuori un codice valevole per tutti gli altri Stati « oder varum nicht selbst für ganz Deutschland »?

Alla fine del secolo questa idea venne ripresa da Reitemeyer[103] che, di propria privata iniziativa si mise a redigere un siffatto codice universale tedesco muovendo dal ‹ *Preussisches Landrecht* ›.

Sta di fatto per la verità che Höpfner per i lavori preliminari della legislazione dello Hessen si rifece immediatamente allo stesso[104].

In particolare però è indicativo della autorità subito acquistata dallo ‹ Preussisches Landrecht › il fatto che, immediatamente, gli scrittori del diritto comune ne valorizzarono le disposizioni considerandole anche come espressioni di autorità dottrinale per la esposizione del diritto comune tedesco e per la risoluzione delle sue controversie. Questo accadeva con piena coscienza sia di Wiese per il diritto ecclesiastico [105], sia di Klein per il diritto civile, senza che si sentisse parlare di contraddizione.

Parimenti erasi in generale d'accordo sul punto che qui avevasi davanti, come Wiese dice, « das Resultat aller bisherigen philosophiscen Untersuchungen über das Naturrecht », e, come noi potremmo aggiungere, tutte le ricerche dogmatiche fin qui fatte sul diritto positivo: vedevansi le proprie opinioni e le proprie aspirazioni esposte con meticolosa precisione in un'opera grandiosamente comprensiva, rivestita della potenza e del prestigio della Prussia fridericiana; e mentre si plaudiva al legislatore, elargivasi lode a sè stessi, alla propria concezione del diritto e della legge, alla propria misura del dominio e della conoscenza del diritto[106].

102. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., III 1, 472.

103. J. F. REITEMEYER *Ueber die Redaktion eines deutschen Gesetzbuchs aus den brauchbaren aber unveränderten Materialien des gemeinen Rechts in Deutschland* (Frankfurt a.O. 1800); J. F. Reitemeyer è autore di numerose altre pubblicazioni sia di carattere giuridico sia di carattere politico. Cfr. J. S. ERSCH - J. C. KOPPE *Litteratur* cit., Parte I, nn. 45, 1692, 1827, 2980, 3211; Parte II, nn. 9, 275, 475, 1244, 1541.

104. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., III 1, 472.

105. G. WIESE *Grundsätze des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts* (Göttingen 1793-1805).

106. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., III 1, 472.

5.

Anche la più superficiale lettura dello ‹ *Allgemeines Landrecht* ›, porta, a questo proposito, ad accettare due osservazioni: anzitutto che esso colle sue brevi, ma precise, e bene definite norme realizza l'ideale di tutta l'epoca razionalistica del diritto naturale; ed in secondo luogo che esso colla sua pura, nobile, chiara e piacevole lingua tedesca raggiunge la stessa perfezione stilistica propria dei libri giuridici di questo tempo.

Se è vero come osserva Hermann Conrad il valoroso storico di Bonn, che ‹ mit ihrer Hilfe (cioè della codificazione prussiana) sollte das vielfach zersplitterte und unübersichtlich gewordene Recht vereinheitlicht (unifiziert) und vereinfacht (simplifiziert) werden ›[107], si può dire che l'‹ *Allgemeines Landrecht* › prussiano abbia quasi per intero raggiunto questi due scopi.

Se si ha riguardo alla estensione della materia legislativamente regolata, che va molto al di là dei confini del diritto privato perchè comprende il diritto penale, quello feudale, quello ecclesiastico, quello commerciale, quello finanziario, quello amministrativo e di polizia, bisogna dire che esso segue il sistema di Wolff, come era stato conservato e trasmesso a mezzo di Darjes[108].

L'‹ *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* ›, che consta di una Introduzione, cui fanno seguito due Parti con complessivamente 20 Titoli, comprende quasi 20.000 Paragrafi, i quali sembrerebbero veramente troppi, se non si tenesse conto che, allora, pensavasi « die Gesetze sollten herrschen, nicht die Menschen ».

La costruzione di questa mole avviene secondo il procedimento usuale dopo il Puffendorf, quello, cioè, che consiste nel partire dalla persona singola e dalla sua proprietà, il che, per attrazione, induce a trattare anche i diritti reali e quelli di successione; nel risalire poi via via al diritto delle sempre più vaste cerchia del matrimonio e della famiglia; nel passare poi a parlare delle associazioni ancor più ampie degli ‹ Stände › (il diritto commerciale trova proprio qui la sua sede), dello Stato e dei suoi funzionari, della Chiesa e della Scuola,

107. Nella ‹ Einleitung › pagina XI a C. G. SVAREZ *Vorträge über Recht und Staat* (Köln-Opladen 1960).

108. J. Darjes, nato a Güstrow il 23.6.1714 e morto a Frankfurt an der Oder il 17.7.1791, fu professore di filosofia morale e di politica a Jena e, poi, dal 1763 a Frankfurt a.O. Dapprima seguace e poi critico di Wolff, riconobbe la libertà come una particolare capacità dello spirito, accanto alla volontà ed al giudizio. Le sue opere principali sono: *Introductio in artem inveniendi seu logicam* (1742); *Elementa metaphisica* 2v (1743); *Institutiones jurisprudentiae universalis* (1745); *Anmerkungen über einige Sätze der Wolffschen Metaphysik* (1748); *Philosophische Nebenstunden* (1749-1752); *Erste Gründe der philosophischen Sittenlehre* (1750); *Observationes juris naturalis socialis et gentium* (1751); *Via ad Veritatem* (1755) ‹nella ed. tedesca, 1774›; *Discours über sein Natur- und Völkerrecht* (1762).

della tutela, degli Istituti e delle Persone Morali, per finire col diritto penale.

Al fondo del diritto commerciale sta il pensiero di Büsch [109]; del diritto penale, quello di Koch [110]; di quello feudale e di quello ecclesiastico il pensiero di Böhmer [111].

Come sistema del diritto civile è accolto l'inquadramento (‹ die Einordnung ›) proposto da Darjes ed appoggiato da Fenderlin, del diritto ereditario e di quello delle obbligazioni entro la dottrina dell'acquisto della proprietà, un inquadramento le cui ultime radici affondano sino a Vultejus [112]; la parificazione, che con questa concezione va di pari passo, delle azioni umane e dei diritti con cose corporali quali oggetti di proprietà, sta ugualmente in stretto rapporto con Nettelbladt [113] ed in rapporto più lontano con Struv [114].

Per ciò che riguarda il contenuto, l'‹ *Allgemeines Landrecht* ›, in quanto prende il materiale del diritto privato dal diritto germanico e da quello romano, riesce ad assicurare il rapporto di reciproco riconoscimento fra i due diritti, rapporto il quale, a dire il vero, già allora pacificamente regnava dopo tutti i contrasti precedenti e che di lì a poco sarebbero di nuovo sorti: il rapporto, voglio dire, secondo il quale in generale il diritto romano è normativo, mentre per numerosi casi singoli sono decisive le concezioni germanistiche. È a dirsi tuttavia che oltre a ciò queste ultime si fanno strada sotto veste di diritto naturale, poichè codesto al di là ed al di sopra delle fonti romane e germaniche pre-

109. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., III 1, 473.

110. J. C. KOCH *Hals oder peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V und des heiligen römischen Reiches nach der Originalausgabe von 1533* (Giessen 1821). J. C. Koch è autore di numerose altre opere delle quali taluna venne da lui composta in collaborazione di altri. Qui vanno ricordate: *Institutiones Juris Criminalis* (Jena 1791); *Anfangsgründe des peinlichen Rechts* (Giessen 1790). Vedasi pure: K. W. ROBERT - J. C. KOCH *Ueber Civil- und Criminalstrafen und Verbrechen* (Giessen 1785).

111. Il cognome Böhmer compare varie volte nella storia del diritto tedesco e tutte le volte è molto onorevolmente portato. Georg Ludwig Böhmer, nato nel 1715, che si interessò soprattutto di diritto feudale (su di lui cfr. J. S. PUETTER *Litteratur* cit., Parte I 51 e Parte II 27, 317, 388); Johann Friedrich Herman Böhmer, nato nel 1752, il primo figlio di Georg Ludwig, che fu professore a Göttingen (su di lui cfr. PUETTER *Ibid.* Parte II 74); Johann Samuel Friedrich Böhmer, che compose un lavoro sulla Carolina (PUETTER *Ibid.* Parte II 390); Justus Henning Böhmer, nato nel 1674 ad Hannover e morto nel 1748 a Magdeburg, padre di Georg Ludewig e nonno di Johann Friedrich Erdmann (su di lui cfr. PUETTER *Ibid.* Parte I 342, e Parte II 381, 388), il quale è noto come canonista e che da me è stato tante volte citato nei miei lavori sul diritto pubblico del Sacro Romano Impero.

112. Su H. Vultejus cfr. J. S. PUETTER *Litteratur* cit., Parte I 148 ss.

113. Su D. Nettelbladt, cfr. PUETTER *Ibid.* Parte I 13, Parte II 110, 336, 373 e 374.

114. Georg Adam Struv il quale fu a suo tempo « einer der berühmtesten Rechtsgelehrter » (cfr. PUETTER *Ibid.* Parte II 240) è padre di Burchard Gotthelf Struv (sul quale si può vedere PUETTER *Ibid.* Parte I 19, 364-366; Parte II 374, 445) nonchè di Friedrich Gottlieb Struv, sul quale PUETTER *Ibid.* Parte II 366. È una famiglia, come quella dei Böhmer da me ricordata sopra a nota 111, che dette alla Germania una serie di notevoli giuristi.

tende ed ottiene generalmente di dare la estrema decisione su ogni dubbio, considerando questa pretesa come sua specifica ed esclusiva competenza.

Questo diritto naturale è sostanzialmente lo stesso dell'ultimo periodo della scuola di Wolff, su per giù quello elaborato da Nettelbladt, Darjes, e Feder[115].

Tuttavia il concetto wolfiano che esistono particolari diritti di natura in corrispondenza ad ogni ramo del diritto, dominò talmente la Commissione legislativa, che persino l'invito al pubblico giuridico — promosso dalla Commissione ma redatto da Svarez — per la redazione di un libro di insegnamento della nuova legislazione, prevede in conformità a ciò che esso sia composto di due parti: una prima parte in lingua latina, che debba trarre fuori ed esporre « il diritto naturale che sta a fondamento del codice »; ed una seconda che esponga il nuovo diritto positivo, la quale deve far uso della lingua tedesca.

Le pretese del diritto naturale sono completamente accolte nel diritto penale ed in quello di famiglia.

Il desiderio degli illuministi di esprimersi in modo che possa essere chiaro e comprensibile alla ragione di tutti, o meglio di una massa che non è da stimare composta da persone particolarmente intelligenti[116] portò al risultato « dass die meisten Bestimmungen des Landrechts veder die Höhe allgemein leitender Grundsätze noch die Anschaulichkeit des Individuellen erreichen, sondern zwischen beiden Endpunkten in der Mitte schweben », come il rimarco di Savigny pone in rilievo giustamente[117].

Precisamente al punto di vista di questa scuola corrisponde la misura degli elementi illuministici che hanno trovato accoglimento. Non è già il diritto naturale che serve ai fini della ‹ Aufklärung ›, ma è questa, che viene accettata ed accolta, sino al punto in cui è legata al diritto naturale.

Si tratta, in altre parole, del benevolo assolutismo principesco, non delle più precise istanze francesi della libertà e della uguaglianza come ben presto dovevansi imprimere nel codice napoleonico.

Di conseguenza il ‹ Preussisches Landrecht › particolarmente dopo quella « Justiz Katastrophe » — come la chiama H. Conrad[118] — del processo del Müller Arnold che si ebbe fra gli anni 1779-1780, realizza la ansiosa aspirazione della ‹ Aufklärung › alla esclusione di ogni arbitrio di toga[119]: ciò avviene mercè un codice il più preciso possibile, ed in virtù della sua cosidetta « wissenschaftfeindliche Tendenz ». Di conseguenza anche quelle preoccupazioni della ‹ Aufklärung › per la istruzione del popolo, per le norme preventive contro i delitti, per il benessere e l'educazione del popolo, che avevano dato origine ad una ricchis-

115. Su Johann Georg Heinrich Feder cfr. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1, 436-437 del testo e 279-280 delle note.

116. Stintzing - Landsberg *Ibid.* III 1, 474.

117. Stintzing - Landsberg *Ibid.* III 1, 474.

118. H. Conrad, nella ‹ Einleitung › a C. G. Svarez *Vorträge* cit., xix.

119. Cfr. E. Bussi *Evoluzione storica dei tipi di Stato* (Cagliari 1954²) 257.

sima bibliografia sia nel campo giuridico sia in quello politico[120], vengono prese in considerazione tanto da numerose disposizioni del ‹ *Landrecht* ›, quanto da moltissime norme della « paterna polizia » così spesso a torto dileggiata[121], cioè della « oppressiva amministrazione » così aspramente combattuta, proprio come oggi sono fatte proprie dalla « amministrazione democratica » che così volentieri viene lodata.

Per questa via si spiega infine la trattazione illuministica del diritto matrimoniale ed ecclesiastico, la punizione semplicemente di polizia del reato contro la religione, la preponderanza delle pene limitatrici della libertà personale (‹ Freiheitstrafen ›) nel sistema penale.

D'altro canto però non sono stati accolti altri grandi desideri degli illuministi nel campo del diritto penale ed in quello del diritto ecclesiastico senza parlare del diritto pubblico, nel quale sotto l'influsso anti-illuministico di Wöllner[122] e di Goldbeck[123] fu conservata la possibilità del libero licenziamento dei funzionari[124] la severa separazione degli ‹ Stände ›, nonchè la ancora relativa sudditanza dei contadini ai loro padroni.

120. Basta consultare al riguardo J. S. Ersch - J. C. Koppe *Litteratur* cit., Parte I, nn. 2181-2392; Parte II, nn. 1423-1784. Non è superfluo ricordare che la parola ‹ Aufklärung › aveva anche dei sinonimi: ‹ Bildung ›, ‹ Besserung › ed altri.

121. Cfr. E. Bussi *I principi di governo nello Stato di Polizia* cit., 837.

122. J. C. Wöllner, nato a Döberitz il 19.5.1732 e morto a Grossrietz bei Bresslau il 10.9. 1800 era in origine un teologo evangelico: entrato nell'ordine dei Rosacroce potè avvicinare il Re Federico Guglielmo II divenendo nel 1788 ‹ Justizminister › e ‹ Chef der geistlichen Angelegenheiten ›. Il ‹ Wöllnersche Religionsedikt › del 9.7.1788 cercò di combattere la influenza della ‹ Aufklärung › e di rafforzare la Ortodossia protestante. Nel 1797 dopo la revoca dell'Editto, il Wöllner venne licenziato. Su di lui vedasi: P. Bailleu *Preussischer Wille Gesammelte Aufsätze* (Berlin 1924); P. Schwartz *Der erste Kulturkampf in Preussen um Kirche und Schule*, 1788-1798 (Berlin 1925); F. Valjavec in « *Jahrbücher der Görres-Gesellschaft* » 72 (1935).

123. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1, 475.

124. Intorno al ‹ Dienstwesen ›, cioè all'insieme dei rapporti fra lo Stato e gli impiegati; al diritto di questi allo stipendio ed alla pensione; ai vari casi di licenziamento, di congedo, di dimissioni; alla riversibilità della pensione cfr. E. Bussi *Stato Sudditi e Sovrano* cit., § 13, e quivi nota 142*a*. Alla bibliografia ivi citata vanno aggiunti anche i seguenti scritti: F. Saalfeld *Commentarium num Principi liceat ministros publicos incognita causa dimittere* (Heidelberg 1808); N. T. Gönner *Der Staatsdienst an den Gesichtspunkte des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet; nebst der Hauptlandespragmatik* <apparsa nel 1807> *über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener im Königreich Bayern mit erläuternden Anmerkungen* (Landshut 1808); C. H. K. A. von Kamptz - F. F. J. Stein *Ueber die Entschädigungs-Berechtigkeit der Staatsdiener bei Aufhebung ihrer Stellen* (Frankfurt am Main 1808); F. K. von Moser *Ueber Regenten, Regierung und Minister* (Frankfurt am Main 1784); F. K. von Moser *Ueber den Diensthandel deutscher Fürsten* (Frankfurt-Leipzig 1789); K. W. F. L. Freiherr von Drais *Warum Kaiser Napoleon der Justiz so hohen Rang unter den Departments der Staatsverwaltung angewiesen haben mag* (Mannheim 1806); M. A. Lips *Wie kann sich ein Staat die Last von Quiescenten und Supernumerar-Staatsdiener auf eine gerechte Weise entledigen, den Candidaten des Staatsdienstes neue Aussichten einer Ausstellung eröffnen?* (Erlangen 1812). Per una ampia trattazione della materia vedasi anche J. L. Klüber *Oeffentliches Recht des teutschen Bundes und der Bundesstaaten* (Frankfurt am Main 1840) § 487 ss., 713 ss.

Per contro non sarebbe equo dire che l'anti-illuminismo rimane anche nella perfezionata dottrina del « pubblico bene » cosi comodo all'assolutismo, perchè io ho dimostrato che proprio codesta teoria serve ancor oggi nei governi « democratici » a giustificare i più gravi soprusi e le più grandi ingiustizie del « popolo sovrano »[125], che si dimostra ben più assoluto ed insofferente di critica di quanto non lo fossero i tanto bestemmiati Principi.

Se infatti la pretesa della stessa teoria di essere legittimata a passare oltre tutti i diritti dei singoli ricorre espressamente come eccezione o come limitazione in tutte le massime principali del ‹ *Landrecht* ›[126]; se essa nonostante queste massime si trova esclusivamente nelle mani del capo dello Stato, senza che siano posti stabili presupposti nè confini alla esistenza e alla misura di questo pubblico bene; è d'uopo anche ricordare che, anche prima di Kant, non si aveva una diversa concezione. Questa teoria, che venne applicata dalla oclocrazia francese [127] così bene come dalla autocrazia russa, trovava almeno nella realtà giuridica degli Stati tedeschi del primo ‹ Reich › dei limiti ben precisi che io ho altrove ampiamente illustrato, limiti che, invece, non sempre è dato ritrovare nell'attuale mondo, che si vanta di essere « democratico » e « progressivo »[128].

Solamente in un punto questo codice si pone in giusta contraddizione colle istanze del tempo e con l'ideale di legislazione che allora avevasi e cioè nella sua ampiezza. Come H. Conrad ricorda nella introduzione ai ‹ Vorträge › di Svarez,

125. Cfr. E. Bussi *Evoluzione storica* cit., 284.

126. Come principio generale i privilegi dei cittadini — si ricordi però che in questa epoca i ‹ privilegi › avevano ben diverso significato che non al giorno d'oggi: cfr. E. Bussi *La democrazia* cit., 55 ss — devono venire rispettati: cfr. *Einleitung* §§ 58-60, 67, 71. Tuttavia il § 74 prescrive: « Privilegia, auch solche, die durch einen lästigen Vertrag erworben worden, kann der Staat, jedoch nur aus überwiegenden Gründen des gemeinen Wohls, und nur gegen hinlänglichen Entschädigung des Privilegirten, wieder aufheben ». E perciò chiaro che, se pur può, lo Stato, passare oltre il diritto dei privati, ciò esso può fare solo sotto due condizioni: 1) che esistano « preponderanti motivi » a favore del « pubblico bene »; 2) che venga congruamente risarcito il danneggiato. La cosa è ancor più chiara nei §§ 81 ed 82. Il primo infatti prescrive: « Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls wenn zwischen beyden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehen ». Ma il secondo aggiunge: « Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besondre Rechte und Vortheile dem Wohl des gemeinen Wesen aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten ».

La lettera dei §§ 81 ed 82 sembra ricomprendere, per il suo più ampio significato, la disposizione del § 74, ond'è che, a prima vista, il precetto di quest'ultimo, potrebbe sembrare superfluo. La verità è che il disposto del § 74 si riferisce alla materia dei ‹ privilegi ›, e poichè codesti — che abbracciavano anche le ‹ Freyheiten ›! — rientravano nell'ambito dei diritti costituzionali, è evidente che non sarebbero rimasti toccati dai §§ 81 ed 82, i quali fanno riferimento ai diritti dei cittadini nel campo del diritto privato od in quello del diritto amministrativo.

127. Sulla ‹ oclocrazia › cfr. E. Bussi *La democrazia nel primo Reich* cit., 17; E. Bussi *Pensieri intorno alla libertà* cit., 17 ss.

128. Sul pubblico bene cfr. E. Bussi *I principi di governo* cit., 816; E. Bussi *Evoluzione storica* cit., 203.

che costituiscono il vero oggetto di questo mio studio, Federico II in una nota marginale da lui apposta nell'abbozzo della seconda parte del progetto dell'‹ *Allgemeines Landrecht* › così scrisse: « Gut, aber es ist ja so dicke. Gesetze müssen kurz sein »; il Gran Re qui si rivolgeva contro la molto spesso deplorata casistica del codice che aveva fatto diventare quest'ultimo troppo vasto e troppo ampio [129], e per vero simili rimproveri tornano di frequente pur negli apprezzamenti favorevoli.

Svarez stesso non potè fare a meno di ammettere il fatto, potendo solo addurre a sua giustificazione che la brevità non poteva andare d'accordo colla desiderata « Vollständigkeit » a scopo di escludere l'arbitrio dei magistrati e di trattare esaurientemente tutte le ipotesi: precisamente, cioè, nello stesso modo con cui Wolff erasi difeso contro un simile rimprovero ugualmente dallo stesso « alto loco » mosso al suo diritto naturale [130].

Svarez, il quale, per difendersi da questa osservazione, trovò opportuno tenere addirittura una conferenza avanti la ‹ Mittwochgesellschaft › [131], avrebbe potuto però richiamarsi non solo a questo suo predecessore, non anche agli otto volumi del *Diritto Naturale* di Wolff, agli sterminati *Prolegomena* di Nettelbladt, ed in genere ai manuali scolastici ed alle raccolte di sentenze di un'epoca, che era felice di scrivere ed assetata di leggere.

6.

Tra le fonti più importanti che servono specificamente a comprendere non solo lo spirito della nuova legislazione prussiana, ma in genere lo spirito che anima tutta la legislazione della ‹ Aufklärungszeit ›, nei paesi di lingua tedesca, sono le conferenze, o lezioni che dir si voglia, che Carl Gottlieb Svarez per incarico del Re tenne avanti al ‹ Kronprinz ›, che doveva più tardi diventare Federico Guglielmo III, negli anni 1791-1792.

Questi ‹ Vorträge › facevano parte del materiale archivistico che riguardava lo ‹ *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* › del 1794, conservato dapprima nell'Archivio ‹ des Preussischen › e quindi del ‹ Reichsjustizministeriums ›.

Nel disordine seguito alla fine della seconda guerra mondiale sembrò dapprima che tutto questo fondo fosse andato perduto, ma si seppe poi che, fortunatamente, esso aveva trovato riparo presso la sezione superiore di Merseburg del ‹ Zentralarchiv ›.

Dopo lunghe trattative — dovute al fatto che Merseburg è sita nella Germania orientale — è riuscito ad Hermann Conrad, lo storico di Bonn già da me men-

129. Cfr. H. Conrad, nella ‹ Einleitung › a C. G. Svarez *Vorträge* cit., xvii.

130. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1, 475-476.

131. La conferenza ha per titolo: *Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein* in C. G. Svarez *Vorträge* cit., 627 ss.

FEDERICO GUGLIELMO III DI HOHENZOLLERN
Re di Prussia (1797-1840).

zionato[132], di ottenere dei microfilm di questi ‹ Vorträge ›, che egli poi, in collaborazione con Kleinheyer[133] ha pubblicato, munendoli di una Prefazione e di una Introduzione, ambedue di un particolare interesse, dalle quali il lettore ricava le notizie indispensabili per conoscere le vicende e la formazione degli stessi.

Tutto il materiale di queste lezioni abbraccia tre parti: la prima parte è formata da una traccia, per così dire, dei ‹ Vorträge ›; la seconda è rappresentata dal vero e proprio manoscritto dei ‹ Vorträge ›, che talvolta, come si vedrà dalla mia stessa traduzione, accenna al contenuto della lezione solo con una o poche parole, che evidentemente servivano a Svarez per richiamare alla mente la materia da esporre; la terza parte contiene una rielaborazione scritta dei ‹ Vorträge ›, preparata dallo Svarez per essere consegnata al ‹ Kronprinz ›.

Poichè la pubblicazione di tutto il materiale avrebbe incontrato gravi difficoltà e particolarmente sarebbe stata troppo dispendiosa, Conrad e Kleinheyer si sono limitati a pubblicare solo la seconda parte dei ‹ Vorträge › completando la stessa colla pubblicazione di alcune delle più importanti rielaborazioni scritte della terza parte e precisamente di quelle che si riferivano allo « Allgemeines Staatsrecht » (453-512), al « Völkerrecht » (513-578), ed al « Privatrecht » (579-624).

Alla fine del volume, poi, hanno aggiunto tre conferenze scelte fra quelle che C. G. Svarez tenne avanti la ‹ Berliner Mittwochgesellschaft ›, e precisamente i tre ‹ Vorträge › che hanno per titolo: *Inwieferne können und müssen Gesetze kurz sein?*[134]; *Ueber den Einfluss der Gesetzgebung in die Aufklärung*; *Ueber den Zweck des Staats.* Il motivo sta in ciò: che queste tre conferenze completano il pensiero di Svarez sulla legislazione, sul fine della ‹ Aufklärung ›, e sullo Stato[135].

Mi sembra logico, dato l'oggetto dell'argomento di cui qui parliamo, che la traduzione che qui darò di questi ‹ Vorträge › dello Svarez, riguardi solo quelli di essi che hanno riferimento al diritto pubblico universale (‹ Allgemeines Staatsrecht ›) ed al fine dello Stato (‹ Ueber den Zweck des Staats ›), sul cui contenuto ci intratterremo ampiamente nell'ultima parte di questo lavoro[136].

132. Cfr. nota 95.

133. A G. Kleinheyer devonsi quelle « Bemerkungen zur Edition » che si trovano alla fine della ‹ Einleitung › (XXII-XXVI).

134. Vedasi più indietro, pagina 56 e quivi nota 131.

135. Cfr. G. Dilcher nella recensione a C. G. Svarez *Vorträge über Recht und Staat*, in « *ZRG. Germ. Abt.* » 78 (1961) 553-554. Vedasi pure: R. Scheyhing nella recensione a C. G. Svarez *Vorträge* cit., in « *ZRG. Germ. Abt.* » 78 (1961) 357-363.

136. Per la verità i *Vorträge* di Svarez contengono anche numerose lezioni sul diritto delle genti (‹ *Völkerrecht* ›), sul diritto imperiale (‹ *Reichsrecht* ›), sul diritto privato (‹ *Privatrecht* ›) e sul diritto dinastico (‹ *Das Privatrecht der deutschen Fürsten* ›).

CAPITOLO QUINTO
La codificazione in Austria.

1.

A questo punto per finire la prima parte del mio lavoro — e prima di passare all'analisi dei ‹ Vorträge › di Carl Gottlieb Svarez — penso che sia necessario dare anche uno sguardo complessivo alla storia della legislazione austriaca in rapporto a tutta la evoluzione scientifica: poichè nell'ultimo dei tre periodi attraverso i quali lo sforzo codificativo in Austria è passato, per giungere alla sua conclusione, è già percettibile l'influsso kantiano.

Per via di questa circostanza la esposizione di questi lavori legislativi austriaci si cambia però in una specie di sguardo retrospettivo alla storia della scienza giuridica tedesca dal tempo dei pratici del diritto comune[137] sino a Kant.

Lo stato di cose del primo periodo corrisponde presso a poco a quello bavarese del tempo di Kreittmayr e dei tentativi prussiani del tempo di Cocceji.

Diligenti studiosi e uomini pratici di buon volere — però di poco rilevante personalità! — si sono affaticati dalla metà del XVIII secolo con assiduo lavoro per accogliere e dominare la materia giuridica nonchè per trarre da questo materiale estesi progetti. Tra gli studiosi più attivi vanno ricordati Josef Azzoni, che fu professore a Praga; Josef Ferdinand Holger, ‹ Regierungsrath › austriaco; e, più tardi, anche Johann Bernhard Zencker il quale era ‹ Hofrath ›[138].

Così ebbe vita la ‹ Nemesis theresiana › del 1768, così il progetto del ‹ *Codex Theresianus* ›, cioè il progetto di un codice civile universale il quale nel 1766

137. Anche in Germania per diritto comune intendevasi quanto io scrivevo in *Intorno al concetto di diritto comune* (Milano 1935). È indicativo del metodo seguito da coloro che hanno voluto criticare il mio pensiero, che essi mai hanno ricordato, nè ancor oggi ricordano, che, a dimostrazione del concetto da me allora dato, ho scritto i due volumi su *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune* (Padova 1937-1939). Vedasi anche E. Bussi *Lineamenti di un sistema del diritto comune* (Milano 1948). Che anche in Germania il diritto comune fosse sostanzialmente quanto io intendo, dimostra, per esempio, la lettura del lavoro di K. Wolzendorff *Die Grenzen der Polizeigewalt.* Erster Teil: *Ueber den Umfang der Polizeigewalt im Polizeistaat* (Marburg 1905) 33.

138. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1, 519.

venne portato a termine unitamente al progetto di un ‹ Kundgebungspatent › consegnato all'Imperatrice: la parte principale del primo spetta ad Holger, quella del secondo ad Azzoni e, dopo la sua morte, a Zencker.

I contributi generalmente si corrispondono tanto nella forma quanto nel contenuto. Straordinariamente vasti e pesanti essi non riescono, per lo più, a conservare la dignità del tono legislativo perchè assumono subito quello didattico; parimenti biasimevole, la lingua ondeggia tra un tedesco barbarico ed un latino stantio.

Come tutti sanno, la ‹ Theresiana › si tiene fermamente stretta a quanto sin qui era stato ricevuto delle teorie dei delitti e delle prove nel sistema penale e nella misura delle pene. Parimenti procede il progetto di ‹ *Codex Theresianus* › dappertutto là, ove potrebbero venire in questione punti di vista illuministici: così per la dottrina della ‹ Hörigkeit ›; per le differenze di ‹ Stand › nel diritto successorio e matrimoniale; per la soggezione del diritto matrimoniale alla competenza della Chiesa; nel mantenimento del diritto di asilo; nel divieto di ogni acquisto immobiliare da parte di acattolici.

Per contro, per quanto riguarda particolari prettamente giuridici, il ‹ *Codex Theresianus* › non manca di una certa pregevole elaborazione e si distingue per notevoli progressi [139]: per l'accoglimento del principio di diritto germanico nella dottrina dell'acquisto della proprietà; per quanto concerne l'acquisto in buona fede dal non proprietario in materia di immobili; per quanto riguarda la ‹ Buchmässigkeit › (intavolazione) per gli immobili. Punti cardinali come il carattere necessariamente energico della codificazione e la netta limitazione al diritto privato sono sostanzialmente già ricevuti. Se ciò nonostante nel ‹ *Codex Theresianus* › ci si decise di perseverare metodicamente nel sistema delle Istituzioni, la cosa non fu tutta di danno perchè ciò portò in ogni caso a maggior chiarezza e perspicuità del dettato legislativo, potendosi anzi affermare che, dove da questa linea di condotta si volle deviare, le conseguenze non furono altrettanto vantaggiose.

2.

Il secondo periodo della codificazione austriaca corrisponde a quello del ‹ Landrecht › prussiano sia per il tempo sia per il carattere: corrisponde, anzi, persino nella circostanza che, proprio quando il lavoro ferveva, avvenne un cambiamento nel trono che portò ad un certo contraccolpo nei confronti di quei princìpi della ‹ Aufklärung › che erano stati accettati, lasciando tuttavia invariato lo spirito animatore della commissione legislativa.

Si tratta qui del cambiamento che si ebbe in seguito alla successione nel trono da Giuseppe II a Leopoldo II e dello spirito che trova la sua più chiara espressione

139. STINTZING - LANDSBERG *Geschichte* cit., III, 1, 519.

letteraria e scientifica nella personalità veramente illuminata, se pure esteriormente cauta e guardinga nell'agire, di Karl Anton Freiherr von Martini zu Wasserburg (1726-1800), docente a Vienna di diritto naturale.

Dal 1773 collaboratore nella opera legislativa, e dal 1782 esclusivamente occupato nella stessa, Martini fu investito del posto direttivo precisamente solo sotto il governo di Leopoldo II nell'anno 1790. Fu in quest'anno che egli venne chiamato alla carica di presidente della ‹ Hof-Kommission in Justiz-sachen ›, ed evidentemente questa nomina fu dovuta al fatto che egli si raccomandava al ‹ Kaiser › come l'uomo più anziano, come quello al quale era ancora congeniale la moderazione e la mediatrice inclinazione del tempo della sua giovinezza, voglio dire del periodo della prima prudente ‹ Aufklärung › di Maria Teresa.

Così, solamente dal 1790, i lavori di quella commissione cominciarono a svolgersi sotto l'indirizzo di Martini i cui punti di vista però appaiono già determinanti all'inizio del 1770.

Spiccano, codesti, un poco più decisamente alla fine dell'epoca teresiana e durante quella giuseppina e, sia pure parzialmente, bisogna dire che ciò avviene ad opera dei suoi scolari i quali durante quel tempo erano autorizzati a lavorare con lui: il ‹ Hofrath › Johann Bernhard Horten; Joseph Hyacinth von Froidevo, e Franz George von Keess.

Da Froidevo deriva soprattutto la ben congegnata ‹ Gerichtsordnung › civile del 1781 [140], la quale dà conto su vasta scala alla disposizione delle parti nel processo (il contrario delle innovazioni prussiane di Carmer) ed alla pubblicità dello stesso. Keess ha partecipato soprattutto alle leggi criminali, allo ‹ *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* › del 1787, nonchè alla ‹ *Allgemeine Kriminal-Gerichtsordnung* › del 1798, leggi, le quali, come è noto, compensano la abolizione della pena di morte con feroci pene detentive, e che al posto della tortura non temono di porre già il convincimento dell'inquisito mercè indizi, mentre a questo passo, in Prussia, non ci si potè arrivare che colla ‹ Kriminalordnung › del 1805.

Horten mirò in sostanza al rifacimento del progetto per il diritto civile. Una vera trasformazione formale e sostanziale fu quella alla quale egli sottopose il ‹ *Codex Theresianus* ›: si trattò di notevoli riforme nel campo del diritto delle persone ed in quello del diritto ereditario, per la maggior parte nel senso giuseppino di una decisa ed avanzata ‹ Aufklärung ›. Queste riforme avevano come scopo quello di sciogliere l'individuo dai legami della famiglia, della ‹ Gemeinde ›, dello ‹ Stand ›; di introdurre la uguaglianza di tutti avanti alla legge, principio, questo che già, come sopra ho ricordato [141] era raccomandato dal Grande Elettore ai suoi successori, e che, d'altra parte, come ho detto nella mia opera sul Diritto pubblico del Sacro Romano Impero, già era legislativamente

140. Stintzing - Landsberg *Ibid.* III 1, 521.
141. Cfr. sopra, pag. 28 nota 58.

riconosciuta nel diritto del primo ‹ Reich ›[142]; e di estendere infine la ‹ Staatshoheit › a rapporti sin qui lasciati alla Chiesa, specialmente quelli di diritto matrimoniale.

I più significativi di questi provvedimenti sono la eliminazione della rilevanza degli ‹ Stände › nel diritto matrimoniale, in quello successorio ed in quello patrimoniale; la soppressione dello ‹ landesständisches Einstandsrecht › (=‹ Näherrecht ›, cioè diritto di prelazione), e soprattutto la abolizione dei rapporti privati di ‹ Unterthänigkeit ›[143].

Doveva accadere, però, che il lavoro di Horten rimanesse progetto, ad eccezione solamente della prima parte: quella del diritto delle persone, che veramente contiene le riforme più radicali in senso giuseppinistico.

Nel 1787 dopo la morte di Horten, ma senza sostanziali deviazioni dal progetto da lui redatto questa parte infatti venne pubblicata e detta ‹ *Josephinisches Gesetzbuch* ›. Questo Codice consiste dunque di una sola parte, quella del diritto delle persone.

Non molto meglio riuscì la cosa a Martini stesso, quando costui cominciò nel 1794, per poi proseguire sino al 1796, ad occuparsi del problema, nell'intento di rifare il progetto di Horten. Egli si servì a questo scopo della collaborazione di Keess. Il compito di questa revisione fu quello di eliminare quanto l'epoca giuseppina aveva portato con sè in fatto di disposizioni troppo riformatrici, come per esempio la equiparazione delle pretese dei figli illegittimi e di quelli legittimi nei confronti dei genitori.

A differenza tuttavia della opera di Horten una parte solamente della quale venne provvista di efficacia legislativa, il lavoro di Martini entrò veramente in vigore in ogni sua parte, ma solamente per un limitato ed unico territorio della Monarchia e cioè per la Galizia, ove, nel 1797, venne pubblicato quasi per fare una prova. A più estesa efficacia legislativa questa legislazione non è pervenuta: purtuttavia il ‹ *Westgalizisches bürgerliches Gesetzbuch* ›, il quale proviene in ultima analisi da Martini, formò una provvisoria conclusione dei lavori di diritto privato.

A suo fianco sta infatti con uguale fortuna lo ‹ *Strafgesetzbuch für Westgalizien* › del 1796 parimenti sorto come reazione, quasi, alle avventataggini giuseppine: la reintroduzione della pena di morte che esso contiene, dovette venire più che bilanciata da una corrispondente mitigazione delle pene detentive.

I lavori legislativi austriaci hanno in comune col ‹ *Landrecht* › prussiano, per quanto essi derivano dallo stesso tempo in cui codesto vide la luce: la f o r m a , cioè una lingua tedesca piacevole, curata, pura, che molto deve alle premure del Sonnenfels[144]; ed il c o n t e n u t o giuridico, il quale è formato

142. E. Bussi *Il diritto pubblico* cit., II 146.

143. Sugli ‹ Untersassen › sugli ‹ Höriger › e sui rapporti derivanti da altri tipi di soggezione personale cfr. E. Bussi *Il diritto pubblico* cit., II 406 ss.

144. Su J. von Sonnenfels cfr. E. Bussi *I principi di governo* cit., 809.

da una mescolanza di elementi romani e germanici presi dal diritto comune, il quale ciò non di meno viene ripetutamente e sostanzialmente trasformato sotto l'influsso del diritto naturale, che anche qui dominava incondizionatamente.

All'incontrario sarebbero da porre in rilievo come differenze: il più grande sacrificio del diritto romano negli istituti di diritto privato; la maggiore invadenza di idee illuministiche nel diritto penale e nel processo; la scomposizione delle materie in diversi particolari codici con completa eliminazione delle materie di diritto pubblico ed ecclesiastico; l'indirizzo verso la assoluta esclusione ed eliminazione di tutti i diritti provinciali, i quali tuttavia, proprio per questo, devono venire presi in considerazione all'interno della codificazione; soprattutto, infine, la meravigliosa concisione che merita particolarmente nel diritto civile una incondizionata ammirazione.

Se Horten nella sua elaborazione del ‹ *Codex Theresianus* › aveva già accorciato lo stesso di un terzo, il suo progetto uscì dalle mani di Martini ridotto di nuovo all'incirca di una metà: una superiorità, questa, sul *Landrecht* prussiano, che venne riconosciuta vivacemente per ogni verso. È a dire, però, che la concisione non sempre va di pari passo con una necessaria precisione, e che anche per quanto riguarda la esauriente trattazione della materia quale veniva offerta dalla scienza del diritto comune, il ‹ *Codex Theresianus* › rimase molto indietro al ‹ *Landrecht* ›.

Mentre da parte austriaca non si mancò di sfruttare il progetto prussiano, che esisteva stampato dalla metà del 1780, nonchè la letteratura ad esso connessa, i progetti austriaci rimasero non pubblicati. Si volle evitare, cioè, che mercè bandi di premi od espedienti del genere potessero sorgere critiche o pareri contrari del pubblico. È per questo, quindi, che noi non troviamo qui quel coro di voci che accompagnarono il formarsi via via del ‹ *Landrecht* › in Prussia.

Soprattutto, però, nella opera legislativa austriaca si sente quella mancanza di uniformità nella direzione e nella simmetria della esecuzione che risultano invece, in maniera evidente, nel lavoro prussiano. Sotto questo aspetto si fa valere il fatto che alla direzione non era preposto alcun uomo di governo la cui posizione si possa anche solo paragonare con quella di Carmer; e se pur vuolsi paragonare Martini con Svarez, salta ugualmente agli occhi la superiorità dell'ultimo in fatto non solo di sapere giuridico positivo, ma altresì di accuratezza e di proporzione nonchè di simmetria nella capacità di lavoro[145].

145. R. Stintzing - E. Landberg *Geschichte* cit., III 1, 523.

3.

Tutto ciò muta solamente nel terzo periodo, nel quale fu dato alla legislazione austriaca di andare oltre il grado di evoluzione raggiuntosi in Prussia, pur se ciò potè accadere solo nel primo decennio dell'ottocento.

Fu in questo torno di tempo, infatti, che un lungimirante uomo politico, cioè Heinrich Franz Graf von Rottenhann (1737-1809) prese in mano la ‹ Oberleitung › dei lavori, in quanto era presidente della ‹ Hof-Kommission in Gesetzessachen › già nel 1801. È doveroso aggiungere però che egli fu grandemente aiutato dal suo vice presidente Mathias Wilhelm von Haan, ‹ Oberstlandrichter › della bassa Austria, nonchè da Franz Aloys von Zeiller il quale, essendosi accollato la ordinaria redazione dei lavori, vi portò una grande perfezione di dettato ed una grande chiarezza di pensiero [146].

Il von Zeiller fu supplente e successore di Martini anzitutto nella sua cattedra di diritto naturale alla Università di Vienna, quindi nel suo posto di personalità direttiva della ‹ Hof-Kommission › per gli affari legislativi: nella prima, dal 1782, e nella seconda dal 1797.

Nel campo letterario egli si fece noto con la pubblicazione di *Vorlesungen* sopra il manuale di istituzioni di Heineccius, nelle quali si diffonde sulle principali deviazioni del diritto austriaco da quello comune (Wien 1781).

La concezione e trattazione di questa opera sono indicative per il punto di vista dal quale von Zeiller muove ed oltre il quale egli non è mai riuscito ad andare: la ragione sta in ciò, che egli volle mantenersi sempre nell'ambito della più rigorosa dottrina romanistica, dominato com'era da una grande ammirazione per il diritto romano.

Ancora nel 1808, tuttavia, in commissione legislativa F. A. von Zeiller espresse la opinione che la dottrina romana del possesso fosse particolarmente oscura, « sodass selbst die berühmtesten neuen Schriftsteller sie nicht in's Reine zu bringen vermochten ». Tanto più risoluti perciò sono i progressi che von Zeiller, allevato com'era al diritto naturale di Martini, fece rispetto allo stesso, andando

146. Franz Anton Felix Edler von Zeiller, nato il 14.1.1751 a Graz e morto a Hietzing presso Vienna il 23.8.1828 fu professore di diritto naturale e di Istituzioni a Vienna (1778); dal 1797 fu ‹ Mitglied › della Commissione per la legislazione austriaca. Egli, come dico nel testo, è il vero artefice dello ‹ *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* ›. Venne fatto nobile nel 1797. Le sue opere principali sono *Das natürliche Privatrecht* ‹vedasi in particolare le edizioni successive del 1802 e del 1838›; *Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* 4v (1811-1813). Su di lui vedasi E. Swoboda *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants* (Graz 1926); E. Swoboda *Franz von Zeiller* (Graz 1931); E. Wolf *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* (1950).

quindi — come ha dimostrato lo Swoboda — al di là dell'angolo visuale fin qui seguito, mercè il collegamento alla filosofia di Kant [147].

Completamente sul terreno di questa filosofia per quanto riguarda la sua concezione quale noi la troviamo in Schmalz ed in Gros, si trova il libro di Zeiller *Das natürliche Privatrecht* (Wien 1802), che venne più volte pubblicato. Oggettivamente si tratta sostanzialmente dei pensieri e dei punti controversi illuministici e giusnaturalistici che sono portati a contatto coi princìpi kantiani e riordinati secondo l'ordine del diritto naturale kantiano. Senonchè la rielaborazione in senso kantiano del pensiero sin qui ricevuto viene qui così abilmente eseguita per il completamento della costruzione di diritto naturale, e codesta è così finemente concepita e portata a termine (si esamini per es. la teoria della condizione e quella dell'errore) che solo un uomo di eccezionale dottrina e di particolare acutezza di pensiero poteva compiere [148].

A questo indirizzo corrisponde la applicazione dello stesso metodo alle questioni legislative quale si vede effettuata nei *Lavori preparatori per la nuova legislazione austriaca riguardo i problemi di diritto penale e civile* [149] di von Zeiller.

Oltre vasti riferimenti letterari e numerosi resoconti sulla pratica e sull'andamento della legislazione, redatti secondo il modello degli *Annalen* di Klein, questi *Beiträge* racchiudono una serie di articoli di natura programmatica e parenetica che svolgono ed espongono quelle che dovrebbero essere le proprietà essenziali di un buon codice civile, penale e di procedura.

Per aversi un codice civile è necessario anzitutto che morale e ‹ Staatsklugheit › non si mescolino col diritto; che non si mettano alla libertà di movimento del cittadino più ostacoli di quanto sia necessario per la coesistenza della libertà di tutti. Come qui il principio kantiano è assoggettato alle aspirazioni della ‹ Aufklärung ›, così nel punto immediatamente seguente il metodo kantiano è assoggettato alle aspirazioni del diritto naturale. Il codice — così tutti proclamano — deve essere completo, ma « se ciò dovesse avvenire secondo quanto taluni intendono per completezza ciò non potrebbe mai avere luogo ». Costoro infatti esigono « che ogni singolo caso debba venire espresso con la lettera della legge quasi con tutte le circostanze secondo le quali può accadere ». Invece di ciò il savio legislatore ottiene la completezza cercando l'universale nel particolare, ed ordinando i risultati di questa ricerca in precetti universali che stiano in rapporto fra di loro e « dai quali possa quindi trarsi il particolare in sede di applicazione, ed in forza dei quali possa legalmente giudicarsi su ogni singolo caso ».

147. Su questo punto vedasi in particolare il libro di E. Swoboda citato nella nota precedente.

148. Sull'influsso kantiano nel diritto cfr. R. STINTZING - E. LANDSBERG *Geschichte* cit., III 1, 503 ss.

149. F. A. F. VON ZEILLER *Vorbereitungen zur neuesten österreichischen Gesetzkunde in Straf- und Civil-Justizsachen* (Wien 1806-1809).

Qui si rende evidente come tutto quanto di incerto e di poco chiaro eravi nel modo sin'allora ricevuto di pensare, si precisi e si illumini coll'aiuto dei punti di vista kantiani; e si comprende come questa consolidazione debba essere tornata utile all'opera legislativa non solo contribuendo particolarmente ad escludere le materie e gli influssi estranei dal diritto civile, ma altresì incitando ad abbandonare la precedente casistica conformemente al principio di regolare in via generale tutti i rami del diritto [150].

Particolarmente ricche sono le discussioni di von Zeiller nel campo del diritto penale in ordine al quale, accanto all'influsso kantiano, si fanno percettibili i punti di vista dei suoi discepoli da lui indipendenti, e particolarmente Feuerbach [151].

Senza dubbio questo influsso appare sensibile nella preoccupazione di arrivare ad una teoria filosofica del diritto penale nonchè ad una sanzione penale possibilmente concisa: si rivela però anche nei particolari, nonchè nello sforzo per giungere ad una precisa determinazione del concetto di delitto e di alto tradimento, come pure, infine, nella distinzione tra furto e appropriazione indebita.

Il von Zeiller tuttavia in misura ugualmente appropriata riesce a giustificare quelle deviazioni della legislazione penale post-giuseppina da quella giuseppina, le quali derivano da riflessioni d'altro genere, sia che si tratti della reintroduzione della ‹ Religions-Störung › entro i veri e propri delitti, sia che si tratti del ristabilimento della prescrizione. Nel processo penale il principio kantiano gli offre però di nuovo il motivo per intercedere in favore di una

150. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1, 526.

151. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, nato a Hainichen presso Jena il 14.11. 1775, e morto a Frankfurt a.M. il 29.5.1833. Nel 1802 fu professore a Kiel e nel 1804 a Landshut. Nel 1805 si trasferì a Monaco ove fu incaricato della elaborazione del progetto dello ‹ *Strafgesetzbuch* › bavarese, il quale diventò il modello dei codici penali del XIX secolo. Dal 1814 egli occupò i più alti uffici giudiziari in Bamberg ed Ansbach, essendo, sin da allora, stato annoverato tra i giuristi che avevano maggiore influenza. Dal punto di vista della filosofia del diritto egli risente notevolmente della corrente kantiana, ma fu contrario alla scuola storica capeggiata dal Savigny. In conseguenza della teoria coercitiva ed intimidatrice (‹ Die Zwangs- oder Abschreckungstheorie ›) da lui propugnata e della esigenza di una cultura severamente giuridica da parte del giudice, da lui sostenuta, nonchè per merito dei concetti rigidamente dogmatici da lui usati nei suoi scritti di psicologia criminale, egli è stato riconosciuto come il fondatore della moderna scienza del diritto criminale in Germania. Le sue opere principali si possono vedere ricordate in J. S. Ersch - J. C. Koppe *Litteratur* cit., Parte I, nn. 73, 197, 766, 2011, 2025, 2066, 2067, 2103, 2175, 2955, 2989, 3241; Parte II, nn. 773, 871, 897. Su di lui vedansi L. Feuerbach *Anselm von Feuerbach's Leben und Wirken* 2v (1852) (Ludwig von Feuerbach è il filosofo, figlio del Nostro. Questi ebbe anche un altro figlio, Anselm, il quale fu archeologo. Questi, a sua volta, ebbe un figlio, pure lui Anselm, il quale fu pittore e compose il quadro Medea, che si conserva nella ‹ Neue Pinakothek › di Monaco); M. Grünhut *Anselm von Feuerbach und das Problem der Strafrechtlichen Zurechnung* (1922); G. Radbruch *Paul Johann Feuerbach* (Wien 1934); E. Wolf *Grosse Deutsche Rechtsdenker* (1951[3]).

più ampia considerazione della libertà individuale, la quale non deve venir troppo sacrificata alla difesa della sicurezza pubblica. Oltre a ciò egli si esprime in favore delle allora vigenti disposizioni sulla prova, le quali permettevano di dedurla « aus dem Zusammentreffen der Umstände », mentre nella dottrina del processo, in genere, si esprime per la pubblicità e la praticità. Che quest'ultima, qui, venga posta su di un terreno di materiale necessità e non travisata mettendola su di un piano falsamente idealistico, cioè considerandola in primo luogo come esigenza della stessa giustizia, è importante per il giudizio sull'autore nonchè per valutare il suo pensiero, che non di rado perviene ad una più alta comprensione della filosofia kantiana.

Questo è il giurista dalle cui mani sostanzialmente è stato forgiato non solo il diritto austriaco del XIX secolo, il ‹ *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizei-Uebertretungen* › del 1803 nella sua prima parte, cioè per quanto esso tratta dei delitti e del processo in ordine agli stessi; ma anche lo ‹ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie* › del 1811, in tutto il suo complesso; ambedue, ben s'intende, fino al punto in cui non si fanno valere i lavori preparatori ai quali si ricollegano, e fin tanto che non si voglia considerare la collaborazione degli altri membri della commissione.

4.

Oltre gli altri presidenti che già ho brevemente ricordato, bisogna far menzione di Karl Joseph Pratobevera (1769-1853)[152] il quale entrò nella commissione nel 1807 prendendo parte d'allora in poi ripetute volte alla redazione del codice civile. Il progetto di von Zeiller può essere stato modificato, è vero, in numerosi e talvolta persino importanti punti, ma la incondizionata preminenza della forma di pensiero di von Zeiller per la maggior parte del lavoro, venne da tutti e con buon fondamento riconosciuta.

In primo luogo venne riconosciuta dall'Imperatore Francesco il quale espresse a von Zeiller il suo ringraziamento in una lettera del 5 luglio 1811 in cui lo chiama « Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuchs ».

Per vero derivano da lui al primo sguardo i principî del codice penale nonchè la limpida sua distinzione tra ‹ Delikten › e ‹ Polizei-Uebertretungen ›.

Parimenti a lui risale il sistema del codice civile quando questo abbraccia in una sola seconda parte (quella dei diritti reali) le due sezioni che nei precedenti progetti si contrapponevano al diritto delle persone cioè dei diritti reali e dei diritti di credito: e ciò perchè, come von Zeiller annota, dopo Kant « es

152. K. J. PRATOBEVERA *Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Staaten* 4v (Wien-Leipzig 1814-1820).

in dem Universo Vesen von zweifacher Art giebt, Personen (Vernünftige Vesen) oder Sachen (vernunftlose Vesen)»[153].

D'altra parte il codice civile fa gran conto della esposizione sistematica fino nelle parti più sottordinate sulle quali non è possibile qui soffermarsi. Una ricerca apposita porterebbe sicuramente ad accertare che l'influsso di von Zeiller, cioè, è stato particolarmene decisivo per il più grande prestigio di questo codice cioè per la sua ‹ inhaltsreiche Kürze ›. Le sopra ricordate considerazonii di von Zeiller sono quelle dalle quali è stato desunto il metodo di porre norme che in sè comprendessero anche i particolari. In questa maniera la completezza si collega alla brevità mentre ci si seppe tener lontani «von der rücksichtslosen, stoffarmen Abstraktion des französischen Gesetzbuches». Che molte di queste regole avrebbero potuto esser meglio concepite e molti concetti più chiaramente resi; che già sarebbesi potuto far uso dei più recenti progressi della romanistica nord-tedesca; tutto ciò, come si comprende, non è facilmente contestabile. Questo rimprovero tuttavia tocca, più ancora che von Zeiller, i più giovani fra i suoi collaboratori, il cui particolare compito sarebbe stato quello di seguire il cammino della scienza.

Si dovrebbe quindi così riepilogare: se il ‹ *Landrecht* › corrisponde al punto di vista del diritto naturale come venne formulato dalla scuola di Wolff, lo ‹ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* › corrisponde al punto di vista del diritto naturale formulato dalla scuola kantiana, perchè, pur perseverando in tutti i punti veramente sostanziali nel modo di vedere le cose proprio degli ultimi decenni del XVIII secolo, è però formalmente, in alcuni dei più importanti princìpi, pervaso dello spirito della filosofia kantiana.

Per converso il codice austriaco non è ancora sfiorato dalla concezione storica del nuovo secolo, che, all'incontrario, già penetra nella civilistica e di nuovo sospinge il diritto romano al centro degli studi giuridici. Per questo il diritto prussiano ed austriaco riposano sullo stesso punto di vista e perciò ognuno di essi, nonostante la loro epoca, appartengono non all'inizio del XIX secolo, ma alla fine della evoluzione di quello precedente e della sua scienza giuridica.

153. R. Stintzing - E. Landsberg *Geschichte* cit., III 1, 527.

CAPITOLO SESTO

Le linee salienti del pensiero di Carl Gottlieb Svarez.

1.

Basta la lettura dei ‹ Vorträge › sullo Stato di Svarez a giustificarne non solo la traduzione ‹ per-extenso › che ne ho fatta, ma altresì il giudizio di valore che su di essi è stato pronunciato, particolarmente dopo le preziose ricerche che Hans Thieme[154] ha compiuto negli ultimi tempi.

Se è vero infatti che per la conoscenza non solo dei fondamenti spirituali della legislazione del XVIII secolo e della evoluzione del diritto naturale dell'ultimo periodo dello stesso, ma anche per la conoscenza del crescente influsso del diritto tedesco in sul finire del XVIII secolo, i ‹ Vorträge › di Svarez sono così importanti come per la storia costituzionale al tempo del passaggio dall'assolutismo allo Stato di diritto[155]; è anche vero, a mio parere, che i concetti che gli stessi ‹ Vorträge › espongono in ordine allo Stato, nonchè alla amministrazione dello stesso, si possono considerare fondamentali per la storia del diritto pubblico universale.

Che i principi fondamentali di codesto non possano più, almeno in parte, derivarsi da quelli del ‹ Reich › considerato come una ‹ universalis Respublica ›, si comprende dalla parte ormai modesta che all'Impero viene attribuita dallo Svarez.

Omettendo completamente le antiche discussioni sulla natura giuridica dell'impero da me altrove ricordate[156] Svarez considera il ‹ Reich › tedesco null'altro che « eine Konföderation mehrerer Staaten unter einem gemeinschaftlichen Oberhaupt zum Zweck der Erhaltung des Friedens und der Ruhe unter ihnen selbst und der gemeinschaftlichen Verteidigung gegen auswärtigen Feinde »[157].

154. Vedasi la bibliografia riportata a pag. 47, nota 95.
155. Così Conrad nel ‹ Vorwort › alla edizione dei *Vorträge* di C. G. Svarez.
156. E. Bussi *Tra Sacro Romano Impero e Stato Assoluto*, in (plures) *Nuove Questioni di Storia moderna* (Milano 1964) 461 ss.
157. C. G. Svarez *Vorträge* cit., 198, 471.

I limitati e precisi scopi che Svarez attribuisce al ‹ Reich › possono, forse, come dice Conrad, dimostrare che « ein nationaldeutsches Empfinden war ihm... fremd »[158], ma è certo che essi dimostrano anche come, essendosi ormai il ‹ Reich › tramutato in un non saldo vincolo federativo tra Stati diversi, non si potesse più dal suo sistema giuridico trarre la giusta norma per giudicare quale fosse il naturale rapporto di giustapposizione tra individuo e Stato.

Non v'ha dubbio invece, a mio avviso, che questo rapporto venga determinato da Svarez muovendo dalla concezione che egli ha dello Stato e che codesta, per quanto a sua volta prenda colore dalle idee illuministiche, riposi tuttavia essenzialmente sulla natura caratteristica che aveva lo Stato, o, meglio la monarchia prussiana.

1. « Il fine dello Stato è quello di mantenere la pace e la sicurezza sia esterna sia interna, di proteggere ognuno nel suo contro violenza e molestia, e di provvedere ad istituzioni mercè le quali vengano creati mezzi ed occasioni ai cittadini di perfezionare le loro forze e le loro capacità così da poterle applicare alla ricerca del loro privato benessere ».

2. « Il Capo dello Stato, in virtù del contratto sociale sul quale riposa tutto il corpo dello Stato, ha il dovere e quindi anche il diritto di stabilire e dirigere le libere azioni esterne di tutti gli abitanti dello Stato verso i fini dello stesso. Queste massime racchiudono il fondamento e l'ambito dei diritti sovrani di un monarca prussiano »[159].

In queste brevi espressioni che Svarez trae di peso dallo ‹ *Allgemeines Landrecht* › (II, 2, 3, e § 78) il rapporto tra suddito e Stato è definito in modo chiaro, anche per chi non volesse leggere la ampia e convincente dimostrazione che l'autore dei ‹ Vorträge › si preoccupa di dare al riguardo.

Quando infatti, come sotto potremo vedere (pagina 116) si dice che il Capo dello Stato non è autorizzato a fare nulla che sia contrario al fine di esso, perchè tutte le sue azioni devono essere dirette a procacciare il pubblico bene non si afferma, come oggidì purtroppo avviene, una astratta formula buona a giustificare tutti i soprusi di un sistema politico schiavo di una inumana ideologia, ma si stabilisce per l'uomo di governo una concreta norma di agire, perchè il pubblico bene non è che « il privato interesse » di ogni suddito.

Mentre da un lato, quindi, si dà risalto al contenuto obbligatorio della funzione principesca, dall'altro si mette in rilievo non già la massa (‹ der gemeine Haufe ›, o, come oggi si dice, ‹ die Masse ›) ma il singolo individuo che la compone. Mi pare che valga la pena di approfondire un poco questi due punti per meglio comprendere il rapporto di posizione tra individuo e Stato in quella

158. H. CONRAD ‹ Einleitung › a C. G. SVAREZ *Vorträge* cit., XXII.
159. C. G. SVAREZ *Vorträge* cit., 228-229 e 603.

Prussia, che, a torto considerata da noi il paese del più ottuso assolutismo, è stata, invece, lo Stato ove meglio il singolo godette protezione e libertà.

Giustamente trent'anni or sono il von Seekt, metteva in guardia contro la credenza comune, sia in Germania sia fuori di essa, che la Prussia fosse « der Zwangsstaat, die grosse Kaserne »[160], e, secondo me, aveva ragione.

Gli anti-prussiani, infatti, osservando come in Prussia l'ordine della Autorità venga generalmente eseguito senza dilazione e talvolta senza critica, denunciano tale fedele e sollecita esecuzione o come cieca sottomissione al volere del superiore o come coatta ubbidienza ottenuta da questi con metodi di imposizione: non pensano, invece, alla più semplice delle cose, che, cioè, in generale — ma non sempre! — ciò accade perchè l'ordine è giusto e ‹ zweckmässig ›.

Che l'ordine poi possegga generalmente questi attributi dipende dal fatto che l'Autorità adempiva il suo dovere, cioè esercitava la sua funzione per il bene del popolo, vale a dire per il bene di ogni singolo.

2.

Questo sentimento del dovere è talmente parte costitutiva dell'anima prussiana che Oswald Spengler poteva scrivere che il servire è un ‹altpreussisches Stil›[161]: uno ‹ stile › cioè un modo di vita, o, per dirla collo stesso autore « ein Lebensgefühl, ein Istinkt ein Nichtanderskönnen »[162].

Quando perciò Federico II dice: « Non è necessario che io viva, ma piuttosto che io faccia il mio dovere »[163] esprime una convinzione, che sostanzialmente acquista risonanza per la eccezionale figura del Gran Re, ma che è contenuta nell'insegnamento dei pedagoghi di Corte in tutta la Germania, e fatto proprio particolarmente dai grandi monarchi quale per esempio Giuseppe II come altrove ha ricordato[164] e che è tenuta particolarmente ferma in Prussia.

« Se è necessario il sacrificio della mia vita per salvare il tutto — ha anche detto Federico II — questa vita appartiene al mio popolo ed al mio esercito. Io mi sacrificherò volentieri e ciò non mi costerà alcuno sforzo »[165]. Non af-

160. H. von Seekt *Moltke. Ein Vorbild* (Berlin 1931) 27 ss.

161. O. Spengler *Preussentum und Sozialismus* (Berlin 1923) 37.

162. Spengler *Ibid.* cit., 29 ss.

163. « Es ist nicht wichtig, dass ich lebe, wohl aber, dass ich meine Pflicht tue ». Si tratta di parole indirizzate nel 1760 da Federico II al Marquis d'Argens: cfr. J. Schoeps *Das war Preussen* cit., 140.

164. E. Bussi *Stato, Sudditi e Sovrano* cit., 3 ss.

165. « Wenn das Opfer meines Lebens nötig ist, um alles zu retten, so wird dieses Leben meinem Volke und meinem Heere gehören ». Cfr. J. Schoeps *Das war Preussen* cit., 139.

ferma tuttavia la stessa cosa von Justi quando scrive: «... hieraus — cioè dal legame tra Principe e sudditi — entspringet die Verbindlichkeit des Regenten Blut und Leben vor die Sicherheit und Glückseligkeit seiner Unterhanen zu wagen; und diese Schuldigkeit ist so ungezweifelt, dass sich ein Fürst derselben schwerlich entlediget, wenn er die Anführung seiner Kriegesheeres einem andern aufträgt» [166]?

Giustamente Conrad ricorda che le due caratteristiche salienti di Svarez sono « die Pflichttreue und die Opferbereitschaft des preussischen Beamtentums der friderizianischen Epoche und der Geist der Aufklärung und ihrer Naturrechtslehre » [167]; perchè propio la consapevolezza di queste doti costituisce il legittimo orgoglio del popolo prussiano. « Quale altro grande Stato — esclamava ai suoi tempi von Lancizolle — ha, come la Prussia, una finanza così saldamente regolata, e, salvo poche interruzioni dovute la maggior parte ad ineluttabili disgrazie, rimasta sempre tale dai tempi del Grande Elettore ai giorni nostri? Quale altro Stato può mostrare una burocrazia di uguale onestà e così ligia al dovere come la Prussia da una serie di generazioni? » [168].

La verità è che l'esempio veramente veniva dall'alto come ne sono prova i famosi pensieri che Federico II scrisse nel suo « Saggio sulle varie forme di governo » sui quali Svarez [169] richiama la attenzione del ‹ Kronprinz ›: « Si tenga ben fermo, dice il Gran Re in un passo, e si imprima bene nella mente che la salvaguardia delle leggi è stata l'unica causa per cui gli uomini poterono permettersi di sottoporsi ad un ‹ Oberherr ›. Questa è dunque la vera origine di tutti i diritti di sovranità. Quegli che comanda è stato quindi il primo servitore dello Stato ». Ed in un altro: « Il principe deve spesso ricordarsi che egli è solo il primo servitore dello Stato al quale incombe l'obbligo di agire saviamente, onestamente, e del tutto disinteressatamente, cioè come se egli in ogni momento dovesse rendere conto della sua amministrazione ai suoi sudditi » [170].

Coloro cui rincrese la luce che promana dalla figura di un grande monarca, sono ben soliti dire che si tratta di frasi cui non corrisponderebbe un sincero interno volere; ma che invece qui noi ci si trovi di fronte ad un profondo convincimento, prova il fatto che, anche nel suo *Testamento Politico* del 1752, Federico II afferma che « Le souverain est le premier serviteur de l'État » [171], e che nel suo

166. J. H. G. von Justi *Die Natur und das Wesen der Staaten* (Berlin-Stettin-Leipzig 1760) 224, § 135.

167. H. Conrad nella ‹ Einleitung › a C. G. Svarez *Vorträge* cit., xxi.

168. C. W. von Lancizolle *Rechtsquellen für die gegenwärtige landständische Verfassung in Preussen, mit Einschluss der Landtags-Abschiede* (Berlin 1847) pagina xxi della ‹ Einleitung ›.

169. C. G. Svarez *Vorträge* cit., 468.

170. Svarez *Ibid.* 468.

171. G. Küntzel - M. Hass *Die politischen Testamente der Hohenzollern* (Leipzig-Berlin 1920) 49.

Antimachiavelli afferma addirittura ch'egli è «le premier domestique»[172] dello stesso.

D'altro canto già Koser quasi mezzo secolo addietro ha posto in risalto quale influsso per la pratica della amministrazione ‹ Dienstpragmatik › hanno avuto questi pensieri[173], che sono divenuti parte costitutiva del carattere prussiano: « Wir wissen — scrive in un suo romanzo Theodor Fontane[174] — was wir zu tun haben. Diesnt ist alles und Schneidigkeit ist nur Renommisterei. Und das ist alles, was bei uns am niedrigsten steht. Die wirklich Vornehmen, die gehorchen nicht einem Machthaber, sondern dem Gefühl ihrer Pflicht. Was uns obliegt, ist nicht die Lust des Lebens, auch nicht einmal die Liebe, die wirkliche, sondern lediglich die Pflicht. Es ist dies ausserdem auch etwas speziell Preussisches. Wir sind dadurch vor anderen Nationen ausgezeichnet, und selbst bei denen, die es nicht begreifen oder übelwollen, dämmert die Vorstellung von unserer daraus entspringenden Ueberlegenheit»[175].

172. KÜNTZEL - HASS *Ibid.* 49 nota 2. È interessante notare che il pensiero del Gran Re si trova già contenuto in una traduzione musulmana secondo la quale «il capo di una tribù ne è il servitore»: cfr. SHIHAB UD-DIN AHMAD AL IBSHAIHI *Al Mustatraf.* Traduzione francese di G. Rat, I (Paris 1899) 82. È difficile dire, però, se questo ‹ hadîth › voglia esprimere un principio ispiratore dell'agire di uno ‹ Shaikh ›, ovvero rendere evidente che, di fatto, costui è a disposizione sempre dei membri della tribù.

173. R. KOSER *Geschichte Friedrichs des Grossen* 4v (Stuttgart 1912-1913) I 152 ss., II 29. Reinhold Koser, nato a Schmarsow (Mark) il 7.2.1852 e morto a Berlino il 25.8.1914, è uno storico di notevole statura che nel 1874 venne incaricato dalla ‹ Preussische Akademie der Wissenschaften › di pubblicare la corrispondenza politica di Federico II (vol. 1-28, 1879-1903). Dal 1890 al 1891 fu professore a Bonn; nel 1896 venne nominato ‹ Direktor der preussischen Staatsarchive ›, e dal 1905 fu, nello stesso tempo, ‹ Vorsitzender › per la Direzione Generale dei *Monumenta Germaniae Historica.* Tra le sue opere, oltre quelle già ricordate, devonsi mentovare: *König Friedrich der Grosse* 2v (1893-1903) la cui 4° ed. venne pubblicata dal 1912 al 1914; *Geschichte der Brandenburg-preussischen Politik* I ⟨sino al 1648⟩ (Berlin 1913).

174. T. FONTANE *Der Stechlin* (Berlin 1898), riedita in *Gesamtausgabe der erzählenden Schriften, Zweite Reihe* III (Berlin 1925) 253. Su Theodor Fontane, che è stato uno dei più significativi poeti e romanzieri dell'altro secolo in Germania, cfr. R. KOENIG *Deutsche Literaturgeschichte* (Bielefeld-Leipzig 1881^{9}) 764 ss. Su questo scrittore vedansi anche: F. SERVAES *Theodor Fontane* (1921); E. SCHMIDT *Charakteristiken* 2 (1912^{2}); C. WANDREY *Theodor Fontane 1819-1019* (1920); G. KRICKER *Theodor Fontane* (1921); H. SPIERO *Theodor Fontane* (1928); J. PETERSEN *Fontanes erster Berliner Gesellschaftsroman* (1929); H. W. SEIDEL *Theodor Fontane* (1941); A. LUTHER *Theodor Fontane* (1948); G. RADBRUCH *Fontane oder Skepsis und Glaube* (1948^{2}).

175. È di particolare importanza, riguardo al carattere prussiano, il contenuto di una lettera scritta dalla Regina Luisa al ‹ Kronprinz › il 26 aprile 1810: «Höre meine mütterliche Stimme, mein lieber Fritz; bedenke das wohl, was ich Dir zärtlich so oft wiederhole; zähme die Laune, in der Du alles, was Du möchtest, haben willst und für alles, was Du dir denkst, gleich die Mittel zur Verwirklichung verlangst. Wer Dir vorredet, dass dies Charakter, dass dies wahre Freiheit sei, ist ein Narr oder ein falscher Freund. Wirkliche Freiheit bestehet nicht darin, dass man alles tun kann, was man kann, sondern dass man das Gute tut, und was man als solches erkennt. Nur durch Ueberlegung wirst Du zur Erkenntniss kommen, was gut oder böse; nur durch Bändigung Deines Willens wirst Du zur Ausführung des Guten kommen, selbst wenn es mit

Questo dunque è il fondamento morale dello Stato prussiano di cui si può dire che l'‹ *Allgemeines Landrecht* › sia lo specchio fedele: e, come nelle opere degli scrittori, negli scritti degli storici, nelle memorie dei suoi generali e dei suoi uomini di Stato, viene sempre accentuato questo duplice aspetto del sentimento del dovere, considerato, cioè, quale virtù del cittadino e quale obbligo della amministrazione, come ha ben messo in risalto Schoeps nella sua opera già da me citata [176]; così nello ‹ *Allgemeines Landrecht* › appaiono affermati non solo i doveri ma altresì i diritti del suddito, non soli i diritti ma anche i doveri dello Stato.

A questo proposito i ‹ Vorträge › di C. G. Svarez, i quali, per così dire, costituiscono la interpretazione autentica dello ‹ *Allgemeines Landrecht* › possono darci una idea del modo onde in Prussia l'antitesi suddito-Stato e l'altra individuo-amministrazione veniva risolta.

3.

A parte infatti le innovazioni introdotte dalla nuova legislazione prussiana che più colpiscono la attenzione del lettore per la loro imponente evidenza, come l'abolizione dei processi alle streghe, della pena di morte e della tortura, quali sono i tratti salienti del rapporto in questione?

A mio avviso la prima caratteristica del nuovo diritto pubblico è il rifiuto legislativo del ‹ Gottesgnadentum › [177].

Che nel secolo XVIII in Germania veramente si pensasse che « die Gewalt der Regenten unmittelbar von Gotte herrühre » [178] io non direi, perchè le idee del contratto sociale nonchè le discussioni sull'origine del potere principesco, che a guisa di epidemia, come dice Friedrich Karl von Moser, eransi diffuse in tutti i paesi tedeschi come nel resto d'Europa, avevano scosso profondamente la fede in questo principio [179].

Ciò non di meno è ammirevole la onesta franchezza con cui Svarez ne parla al ‹ Kronprinz ›: sarebbe tanto comodo e così piacevole potervi credere, « ma è peccato — egli aggiunge non senza una punta di ironia — che non si possa

Deinen Neigungen, Deinem Geschmack, Deiner Bequemlichkeit in Widerspruch steht; und Charakter haben heisst: Nach reiflicher Prüfung des Guten oder Bösen das ins Werk setzen, was man als das Gute erkennt, und alle Willenskraft daran setzen, um sich nicht durch die Leidenschaften abwenden zu lassen, die der höchsten Wahrheit des Guten widerstreben könnten ». *Königin Luise in ihren Briefen und in Zeugnissen Mitlebender* (Jena 1927) 77 ss.

176. H. J. Schoeps *Das war Preussen* cit., 135 ss.

177. C. G. Svarez *Vorträge* cit., 6, 462. Su questo punto cfr. E. Bussi *Stato, Sudditi e Sovrano* cit., 30, § 8.

178. C. G. Svarez *Vorträge* cit., 462.

179. Cfr. E. Bussi *Il principio rex sub lege* cit., 3.

ugualmente, in base alla storia, documentare la immediata creazione divina dei governi »[180].

Vero è che Svarez ricorda poi due esempi e cioè quello di Re Saul nella storia sacra e quello di Clodoveo nella storia profana, la cui regalità sarebbe stata voluta direttamente dal cielo, ma egli dimostra di non prestare troppa fede a questi precedenti. Per quanto riguarda Re Saul noi sappiamo infatti dalla Bibbia che Dio dette questo Re al suo popolo perchè era in collera con lui, ond'è che non sembra prudente riconnettere a questo precedente l'origine della monarchia, e per quanto riguarda il secondo non v'ha dubbio che maggiore verosimiglianza abbia l'opinione di coloro i quali pensano che l'origine del potere regio ed in genere di qualsiasi ‹ Obergewalt › nello Stato riposi sul diritto del più forte.

Se dunque non è vero che il potere del Capo dello Stato sia sciolto da ogni legge terrena, ciò vuol dire anche che egli non ha il potere di fare uso dei ‹ Machtsprüche › cioè delle decisioni sovrane, o, come noi oggi diremmo, che non ha il diritto di esercitare atti di impero.

Negli *Allgemeine Grundsätze des Rechts* dello ‹ *Allgemeines Landrecht* › troviamo così definito l'atto di sovranità: « Eine Entscheidung, die in streitigen Fällen ohne gehörige Untersuchung und rechtliches Erkenntniss gegeben wird, heisst ein Machtspruch ». L'atto di sovranità è dunque ogni provvedimento preso su casi controversi senza conveniente indagine e senza giudiziale conoscenza dell'affare. La nullità di un simile atto è la conseguenza della sua illegalità e, di fatto, subito dopo viene aggiunto: « Machtsprüche wirken weder Rechte noch Verbindlichkeiten. Es kann also weder irgendein Minister noch der Souverän selbst Machtsprüche thun »[181].

Come vedremo più avanti, afferma Svarez che « il principe non deve essere giudice egli stesso... ma deve tener ferme le sentenze dei suoi tribunali non mutandole o cassandole mercè arbitrarie disposizioni » e ciò perchè « il principe il quale vuole mutare od abolire con atti di sovranità le sentenze dei suoi Tribunali andrebbe contro il primo dei suoi doveri, di proteggere, cioè, ognuno nel suo »[182].

Questo espresso divieto delle decisioni sovrane che, sovrapponendosi alle sentenze dei Tribunali, sconfinano nell'arbitrio è una conseguenza del clamoroso processo Arnold sul quale in altro mio lavoro mi sono soffermato[183].

In questo processo non v'ha dubbio che, dal punto di vista della forma, Federico II abbia commesso un atto di prepotenza, ma, dal punto di vista della sostanza, il suo atto ben si spiega perchè, nel merito, la equità e forse anche il diritto stavano dalla parte del mugnaio Arnold.

180. C. G. Svarez *Vorträge* cit., 462.
181. ‹ *ALR* ›: Einleitung, § 6; Svarez *Ibid.* 236.
182. Svarez *Ibid.* 484-485.
183. E. Bussi *Evoluzione storica* cit., 253 ss.

Probabilmente se l'avversario dell'Arnold nella lite non fosse stato un nobile, Federico II non se ne sarebbe interessato, ma questo avversario era il Conte von Schmettau e questo fatto fece pensare a Federico II che i Giudici fossero andati contro l'equità dando torto al mugnaio per favorire un potente: cosa che il Gran Re non si sentiva di sopportare.

Stammler, il quale ha dedicato a questo processo uno dei suoi apprezzatissimi studi, ricorda che nel *Protocoll* 11 dicembre 1799 relativo ai tre Consiglieri Friedel, Graun e Rausleben Federico II tra l'altro scrisse « ... Den sie müssen nur wissen, dass der geringste Bauer, ja was noch mehr ist, der Bettler, eben so wohl ein Mensch ist, wie Seine Majestät sind, und denn alle Justiz muss wiederfahren werden. Indem vor der Justiz alle Leute gleich sind, es mag sein ein Prinz, der wider einen Bauer klagt, oder auch umgekehrt, so ist der Prinz vor der Justiz dem Bauern gleich; und bei solchen Gelegenheiten muss nur nach der Gerechtigkeit verfahren werden ohne Ansehen der Person »[184].

La lettera 11 dicembre 1779 scritta da Federico II in questa occasione al ‹ Kammergericht › in cui afferma che la Giustizia va amministrata dai Tribunali « ohne alles Ansehen der Person und des Standes »[185], e l'altra in pari data allo ‹ Etats-Minister ›, ‹ Freiherr › von Zedlitz[186], in cui il Gran Re conferma questo principio, chiaramente dimostrano il suo sospetto che si fosse violato il principio della uguaglianza di tutti avanti la legge e che si fosse applicato, sì, il ‹ summum jus ›, ma allo scopo di commettere una ‹ summa iniuria ›[187].

184. R. STAMMLER *Deutsches Rechtsleben* (Charlottenburg 1928) 417. A pagina 496 questo Autore dà una ricchissima bibliografia intorno a questo processo. Vale la pena di ricordare che a questo volume si può dire che faccia seguito: R. STAMMLER *Deutsches Rechtsleben während des 19. Jahrhunderts* (München 1932).

185. J. D. E. PREUSS *Friedrich der Grosse, eine Lebensgeschichte mit Urkunden* III (Berlin 1833) 494 ss.

186. PREUSS *Ibid.* III 504.

187. C. G. SVAREZ *Vorträge* cit., 239: « Vi fu un concorso, a questo proposito, di una quantità di sfavorevoli circostanze le quali trassero in inganno il giudizio del Re. Egli era allora scontento di tutta la amministrazione della giustizia nei suoi paesi, della quale egli pensava che favorisse i ricchi ed i potenti contro i poveri e la gente minuta; egli aveva invano cercato di avere dai Tribunali stessi una certa e chiara conoscenza degli aspetti particolari della questione, che a lui venne tenuta nascosta in modo tanto sconveniente quanto irriverente. Egli fece, perciò, indagare da un Ufficiale il quale, o per difetto di acume, o perchè suggestionato dal suo informatore il quale come avvocato già era stato altra volta radiato dal Governo di Neumark, fece al Re un rapporto del tutto errato. Il Re era quindi del tutto convinto che fosse stata commessa una soperchieria contro il mugnaio, tutta a favore del nobile, ed il suo vivace odio contro tutte le ingiustizie lo indusse a fare quel passo precipitoso che egli, a cagione dell'altro suo principio di non smentirsi mai, non potè più revocare, dopo che era stato compiuto. In prosieguo, tuttavia, egli ha dato abbastanza chiaramente da divedere di non essere contento di questa eccezionale infrazione ai suoi principi, e da quel momento in poi egli ci ha tenuto ancor di più ed ancor più spesso ed energicamente ha dichiarato che egli non voleva nè poteva compiere atti di impero nel campo della giustizia ». Non è privo di interesse il fatto che, mentre il caso Arnold fece

Prima pagina degli Appunti
per le *Vorlesungen.*

Che Federico II non volesse violare la legge, prova d'altro canto l'episodio ricordato da Schoeps di quel ‹ Graf › von Reder il quale, avendo supplicato il Re di interporre la sua volontà contro una sentenza che gli era sfavorevole, ne ebbe la seguente risposta: « Er kann keine Violance von mir fordern. Meine Schuldigkeit ist, die Gesetze zu unterstützen und nicht umzuwerfen »[188].

Una efficace tutela dei deboli contro i potenti ingiusti (‹ gegen die unrechtfertigen Kräftigen ›), una Giustizia che non conosca distinzione di persone, di ceto e di censo, che cioè sia veramente imparziale: questo è il principio non solo affermato negli atti principeschi sia ‹ inter vivos ›, sia ‹ mortis causa ›[189] ma che noi vediamo accolto, come tra breve più ampiamente ricorderemo, anche nelle capitolazioni imperiali[190].

L'amministrazione della giustizia veramente effettuata secondo il diritto è dunque un obbligo del Principe, il quale, altrimenti operando, viene ad abusare del suo potere.

Si errerebbe tuttavia se si pensasse che questo ragionamento racchiude un principio d'ordine morale per di più ristretto alla persona del Principe, perchè al contrario, devesi ritenere norma giuridica valida per tutta la amministrazione: l'‹ *Allgemeines Landrecht* › (86, II, 10) per vero dispone che « nessuno deve fare cattivo uso del suo ufficio per offendere o danneggiare altri » (« Niemand soll sein Amt zur Beleidigung oder Bevortheilung Anderer missbrauchen »).

tanto scalpore in Germania, che ancor oggi se ne parla e se ne scrive, non fanno più quasi alcuna impressione ai nostri giorni — tanto abituati siamo ormai ai soprusi legali — le più pesanti intromissioni dell'esecutivo sul giudiziario, ovvero le più demagogiche minacce di pressioni della piazza contro la libertà di quest'ultimo. È anche doveroso ricordare che la Reazione, la quale aveva appreso il metodo di governo dalla Rivoluzione francese, andò ben al di là di Federico II. G. Ruffini *Lorenzo Benoni, ovvero Pagine della Vita di un Italiano* (Milano 1952) 178, scrive al riguardo: « Arbitrio e favoritismo avevano invaso il santuario della giustizia, e non era raro che una sentenza regolarmente pronunciata fosse annullata da un editto regio o da lettere di grazia. A volte il re, avocando a sè una causa tra privati, ordinava ai giudici di rivederla senza alcun riguardo alla decisione già presa. A volte, autorizzava una persona a produrre prove o a fare eccezione ad onta della prescrizione legale. Altre volte una causa era rinviata per un nuovo esame a questo o quel tribunale. È facile immaginare quale pregiudizio, sia al corso normale della giustizia, sia al credito dei magistrati investiti della sua amministrazione, la pratica di annullare sentenze già pronunciate recasse ». Noi sappiamo che tutto ciò avveniva in Piemonte, perchè il Ruffini ce ne ha conservato memoria, ma se noi andassimo ad indagare gli Archivi degli altri Stati italiani troveremmo lo stesso e forse peggio, perchè questi erano i tempi. Anche qui c'è tutta una storia da scrivere, cui io darei per titolo: « Usi e pratica giudiziaria al tempo della Reazione ». Vero è che i sistemi rivoluzionari e napoleonici non erano migliori, come prova il famoso caso del tipografo Palm, sul quale mi sono soffermato altra volta: cfr. E. Bussi *Pensieri intorno alla libertà* cit., 46 ss.

188. *Die Randbemerkungen Friedrichs des Grossen.* Herausgegebene von Borchardt, I (Potsdam 1937) 97.

189. E. Bussi *La democrazia nel primo Reich* cit., 59, § 20.

190. E. Bussi *Il diritto pubblico* cit., II 146.

Sotto altro aspetto si può considerare questo articolo come una ripetizione nei confronti dei funzionari del divieto fatto al Re di servirsi dei ‹ Machtsprüche ›, cioè di servirsi del potere derivante dal proprio ufficio per compiere delle illegalità.

Il precedente del processo Arnold essendo stato il motivo per cui il legislatore prussiano introdusse il divieto dei ‹ Machtsprüche ›, ha fatto sì che l'ambito del divieto sembri limitato alla materia giudiziaria, ma in realtà una attenta lettura fa capire che il divieto vale in qualsiasi materia controversa e che perciò è operante anche nel campo amministrativo.

In una sua rarissima e quasi introvabile opera scritta proprio su questo argomento Johann Jakob Moser nel 1750 così definiva l'atto di sovraità: « Ein Machtspruch ist eine Erklärung, Verordnung, oder Befehl eines Regenten, wodurch er eine Sache auf eine sonst ungewönlich und ausserordentliche Weise entscheidet »[191].

L'atto di sovranità, o, come noi oggi diremmo, l'atto di impero è dunque una dichiarazione, una ordinanza un provvedimento del Reggente — qui ‹ Regent › significa in generale il Capo dello Stato, o, più generalmente ancora, ‹ die Obergewalt des Staates › — col quale costui decide un affare in modo inconsueto o del tutto straordinario.

Sarebbe difficile ai nostri giorni enumerare quanti atti dei moderni governi anche così detti democratici pur decidendo in modo inconsueto o del tutto straordinario questioni politiche od amministrative rimangono inimpugnati, perpetuandosi così la illegalità in essi contenuta, appunto perchè manca una tal provvida norma nelle moderne legislazioni.

4.

Qui appunto si può cogliere uno — e forse il più importante — di quei tanti aspetti che rendono l'opera di Svarez ancora ricca di insegnamenti ai giorni nostri e, sarei tentato di dire, proprio ai giorni nostri.

Per quanto infatti lo ‹ *Allgemeines Landrecht* › contenga ed esponga l'ordinamento di uno ‹ Ständestaat › quale era allora la Prussia, ond'è che sotto questo profilo ha solo valore storico, i princìpi generali che in tema di amministrazione esso bandisce sono di una tale importanza, da permettere di affermare che essi, travalicando i secoli, posseggono ancor oggi una innegabile validità.

Questi princìpi generali, tuttavia, se per la maggior parte sono contenuti nella ‹ Einleitung › al codice, là dove si parla « von Gesetzen überhaupt », si ritrovano sparsi anche or qua or là in tutto il Codice, là dove, precisamente, la

191. J. J. MOSER *Abhandlung von kaiserlichen Macht-Sprüchen in Rechts-Staats- und Gemischten Sachen* (Frankfurt am Main 1750) 4, § 1.

trattazione di un istituto permette la formulazione di una massima o delle massime generali che danno configurazione all'istituto stesso.

È proprio l'esame di queste massime, che permette di affermare che nello ‹ *Allgemeines Landrecht* › anche se lo schema del ‹ Wohlfahrtsstaat › domina ancora il pensiero del legislatore, già si delinea però, secondo un chiaro disegno, il quadro dello Stato di diritto.

La concezione illuministica del ‹ Wolfahrtsstaat › balza fuori dalle stesse norme introduttive dello ‹ *Allgemeines Landrecht* › nelle quali il richiamo alle concezioni ancora dominanti in Germania ai suo tempi è esplicito.

« Il bene dello Stato in genere, e quello dei suo abitanti in specie, è lo scopo della associazione civile, ed il fine universale delle leggi»: «Das Wohl des Staats überhaupt, und seiner Einwohner insbesondere, ist der Zweck der bürgerlichen Vereinigung, und das allgemeine Ziel der Gesetze » così stabilisce il § 77 della ‹ Introduzione ›, al quale si può aggiungere, a solo titolo esemplificativo, perchè il discorso potrebbe seguitare per molto tempo, anche il § 90 secondo il quale: « I diritti universali dell'uomo si fondano sulla naturale libertà di potere ricercare e conseguire la propria prosperità senza lesione dei diritti altrui » (« Die allgemeinen Rechte des Menschen gründen sich auf die natürliche Freyheit, sein eignes Wohl, ohne Kränkung der Rechte eines Andern, suchen und befördern zu können »).

L'idea dello Stato di diritto tuttavia emerge già ben limpida alla mente del legislatore, cioè di Svarez.

Ciò appare chiaramente non solo dal § 26 della ‹ Einleitung › il quale dispone che « die Gesetze des Staates verbinden alle Mitglieder desselben ohne Unterschied des Standes, Ranges, und Geschlechts »; ma risulta a tutte lettere non solo dalla uguaglianza tributaria consacrata nel § 80: « Ein jedes Mitglied des Staats ist, das Wohl und die Sicherheit des gemeinen Wesens, nach dem Verhältniss seines Standes und Vermögens, zu unterstützen verpflichtet »; e scaturisce anche e soprattutto dal § 87 secondo il quale « auch Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Oberhaupt des Staates und seinen Unterthanen sollen bey den ordentlichen Gerichten, nach den Vorschriften der Gesetze, erörtert und entschieden werden ».

Superato decisamente è quindi il principio del ‹ von Gottes Gnaden › cui sopra ho accennato e che già von Schlözer, il temibile e temuto redattore dello « *Staatsanzeiger* » di Göttingen, aveva dichiarato essere null'altro che una frase di Cancelleria, eine « Canzlei-phrasis », così come, secondo lui, il principio della « origo majestatis a Deo » null'altro era che « eine gefährliche scholastische Grille »[192]. Superati sono pure i tempi in cui i giuristi tedeschi disputano « ob und wie weit Fürsten an ihre eigene Gesetze nicht gebunden seyen »[193] e del tutto

192. E. Bussi *Stato, Sudditi e Sovrano* cit., 30, § 8.
193. I. S. Puetter *Litteratur* cit., III 310, § 1091.

oziosa appare la dissertazione di Andreas Joseph Schnaubert scritta per dimostrare che « auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden »[194].

Siamo alla fine del 18 secolo, ma errerebbe chi volesse ricollegare le norme dell'‹ *Allgemeines Landrecht* › esclusivamente all'influsso dei nuovi fermenti politici che preparavano la futura storia d'Europa.

Certamente le istanze del diritto naturale e le idee illuministiche ispirano gran parte del pensiero di C. G. Svarez, ma che il principe, la cui figura, una volta consacrata, si è trasformata ormai in quella dello ‹ Oberhaupt des Staates › dovesse sottostare alla legge, era un principio niente affatto sconosciuto in Germania.

Da oltre un secolo infatti, era stata introdotta nelle imperiali ‹ Wahlkapitulationen › quell'articolo nel quale il ‹ Kaiser › giura: « Noi vogliamo e dobbiamo che, dopo iniziato il nostro imperiale governo, siano nel Sacro Romano Impero fondate pace ed unità, rispettati diritto e giustizia, e disposto in modo

194. A. J. SCHNAUBERT *Auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden* ‹traduzione dal latino in tedesco di Emanuel Friedrich Hagemeister› (Rostock-Leipzig 1795). Il problema, come si comprende, si poneva per gli Stati retti da monarchie illimitate, considerandosi limitate, come dice Svarez, quelle nelle quali i rappresentanti del popolo partecipano alla legislazione (*Vorträge* cit., 473 ss.). Così non avvenendo in Prussia, il Re dovrebbe di conseguenza considerarsi « ein uneingeschränkter Monarch » e per vero tale lo dichiara Svarez (*Vorträge* cit., 438). Tuttavia, con apparente contraddizione, egli afferma che il Re in Prussia non è tale, perchè, nell'esercizio del potere legislativo, incontra due limitazioni derivanti: 1. dall'obbligo di udire il parere della ‹ Gesetzkommission › (*Vorträge* cit., 478); 2. dall'obbligo di dare ascolto nelle diverse provincie alla voce degli ‹ Stände › (*Vorträge* cit., 478). Come si risolve la contraddizione? Bisogna tenere presente a questo punto la suggestione che la teoria del contratto sociale ebbe a quei tempi ad esercitare sugli scrittori, così da distoglierli dall'esame della realtà. Si ritenne per vero che solamente democratici fossero quei governi, il cui ordinamento si ispirasse alla divisione dei poteri, ed il cui funzionamento si basasse sulla partecipazione del popolo allo Stato nelle forme e nei modi indicati dalla teoria stessa. Non si tenne conto quindi, da un lato, che detta teoria era pura astrazione, e, dall'altro, che ben poteva, ogni popolo, avere creato nella sua evoluzione politica una sua democrazia, che non meno di ogni altra distillata dal pensiero dei teorici, dovevasi considerare legittima (E. BUSSI *La Democrazia nel primo Reich* cit., 6 ss.). Certamente gli ‹ Stände › non possono equipararsi ai Parlamenti degli Stati moderni, ma ciò vuol dire forse che non abbiano la rappresentanza di tutta la ‹ Landschaft ›? Chi risponde negativamente alla domanda pensa evidentemente che sia chiuso irrevocabilmente un problema, che invece anche la sola conoscenza della controversia che si svolse tra von Gentz e C. Welcker fa apparire ancor oggi meritevole di un nuovo e più approfondito esame (cfr. *Wichtige Urkunde für den Rechtszustand der deutschen Nation. Mit eigenhändigen Anmerkungen von J. L. Klüber.* Aus dessen Papieren mitgetheilt und erlautert von C. WELCKER Mannheim 1844, 220 ss.). A ragione quindi, così mi pare, Conrad considera la istituzione della ‹ Gesetzkommission › e la ‹ Mitwirkung der Stände › un segno della « Ueberleitung zum Konstitutionalismus » (H. CONRAD *Die geistigen Grundlagen* cit., 55 ss.) I dubbi che Kleinheyer solleva al riguardo nascono, mi sembra, dall'equivoco già da me denunciato, che cioè debba e possa considerarsi democratica forma di governo solamente quella che, bene o male, si adegua al modello roussoiano. (G. KLEINHEYER *Staat und Bürger im Recht* cit., 146 ss). Più importante, mi pare, è il quesito se la cooperazione degli ‹ Stände › ed il parere della ‹ Gesetzkommission › potessero costituire veri e propri limiti al potere legisla-

che codesti abbiano ed ottengano il loro conveniente svolgimento tanto a favore del povero quanto a favore del ricco, senza differenza di persona, di ceto e di religione, sia pure in affari riguardanti Noi e l'interesse della Nostra Casa, e possano venire applicati secondo le leggi esistenti nonchè secondo la libertà e le antiche ricevute consuetudini ».

Chi pensasse a questo proposito di trovarsi innanzi ad una di quelle affermazioni che noi chiamiamo programmatiche, non ha, a questo proposito, che andare a scorrere i registri di Cancelleria oggi conservati presso il ‹ Bundesarchiv › di Francoforte ed esaminare i processi che nei secoli passati si sono svolti avanti il ‹ Reichskammergericht › tra i sudditi — fossero anche contadini — ed i loro Principi. Chi si accollasse questa fatica si accorgerebbe facilmente, come mi sono accorto io, quante volte il Supremo Tribunale dell'Impero senza tanto riguardo o soggezione abbia emanato sentenza di condanna a carico dei Principi ed a favore dei sudditi [195].

tivo del sovrano. Quanto alla prima, essa è fuori di ogni dubbio perchè basavasi, come lo stesso Svarez ricorda (*Vorträge* cit., 478) sui privilegi elargiti nei tempi andati dal ‹ Landesherr › e sui contratti da costui stipulati coi sudditi (per la storia di questi privilegi in Prussia cfr. E. Bussi *La democrazia nel primo Reich* cit., 84 ss.). Quanto alla ‹ Gesetzkommission ›, il contenuto della ‹ Kabinetsorder › 14 aprile 1780 e del ‹ Patent › 29 Maj 1781 ricordati da G. Svarez venne sostanzialmente richiamato nella ‹ Einleitung › dello *Allgemeines Landrecht* ove i paragrafi 10-12 dispongono: § 10 « Qualsiasi progetto di ogni nuova disposizione per via della quale i particolari diritti ed i doveri dei cittadini vengono determinati, ovvero i diritti di tutti vengono mutati o completati o spiegati, deve, prima della sua pubblicazione, venire sottoposto all'esame della Commissione legislativa »; § 11 « La Commissione legislativa oltre ad avere riguardo alle leggi ed ai diritti già esistenti, deve estendere il suo esame alla equità ed alla utilità della nuova disposizione che vuolsi emanare, e proporre per essa precisa e chiara formulazione »; § 12 « Una legge promulgata senza tale preventivo esame non è obbligatoria ed è prima di efficacia nei confronti dei cittadini che ne vengono pregiudicati ». Giustamente Kleinheyer (*Staat und Bürger im Recht* cit., 148) ricorda che per Svarez il Capo dello Stato deve esercitare il suo potere secondo « le leggi universali esistenti » (C. G. Svarez *Vorträge* cit., 468), perchè ciò indica che ogni atto della amministrazione e della giurisdizione deve avere un fondamento nella legge, fondamento che scaturisce dal riconoscimento di una libertà naturale, che può essere limitata solo dalla legge. A me pare, tuttavia, che nell'‹ *Allgemeines Landrecht* › siavi qualcosa di più, perchè il § 13 della ‹ Einleitung › dice che « Die Vorgesetzten eines jeden Departements im Statsrathe müssen dafür haften, dass dieser Anordnung in keinem Falle entgegen gehandelt werde ». Non è già qui previsto un controllo sull'agire amministrativo degli organi dello Stato?

195. Per l'articolo delle Capitolazioni Imperiali testè citato, cfr. E. Bussi *Il diritto pubblico* cit., II 146. Per quanto riguarda i processi iniziati su istanza dei sudditi contro i loro Principi, basta, tanto per avere una idea di quanto fossero frequenti, consultare: *Repertorium der Akten der ehemaligen Reichskammergerichts im Staatsarchiv Coblenz*. Herausgegeben von der Landesarchiverwaltung Rheinland-Pfalz, bearbeitet von O. Graf von Looz-Corswarem und Scheidt (Coblenza 1957). Le mie personali ricerche di questi anni hanno portato a risultati che coincidono con quelli cui è pervenuto l'illustre collega Hertz nelle sue indagini sulle pronuncie dei Tribunali dell'Impero (F. Hertz *Die Rechtssprechung der höchsten Reichsgerichten im römisch-deutschen Reich und ihre politische Bedeutung*, in ‹ *Mitteilungen des Instituts für oesterreichische Geschichtsforschung* › 49, 1961, 331 ss.): voglio dire che ho accertato come non poche volte fossero i Principi

5.

Il perseguimento di un altissimo ideale non solo di giustizia, ma altresì di morale, questo deve essere il segno che contraddistingue l'azione dello Stato nei suoi rapporti coi cittadini, secondo il pensiero di Svarez, che noi vediamo consacrato in quel paragrafo dell'‹ *Allgemeines Landrecht* › che dice: « Sowohl dem Staat als seinen Bürgern müßen die wechselseitigen Zusagen heilig sein », vale a dire che « sia per lo Stato sia per i suoi cittadini le scambievoli promesse devono essere sacrosante ».

Ahimè! quante volte invece ai nostri giorni i più solenni impegni, le più formali dichiarazioni, le più garantite assicurazioni degli Stati moderni siano state infrante e con disinvoltura calpestate dai relativi governi senza neanche salvare la forma, ben sanno i rispettivi cittadini che ne fanno, si può dire, quotidiana amara esperienza e che poi vengono rimproverati di non avere f i d u c i a nei governanti! La testè citata massima si rinviene, a dire il vero, nel § 57 della Introduzione: «Was Gesetze sind » premessa al Progetto dello ‹ *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* › del 1784, quel progetto di cui ho parlato all'inizio di questo lavoro [196].

Nel progetto definitivo, che poi doveva diventare Codice nel 1794 non si vede ripetuto, ma la mancata introduzione non significa già che il principio in esso contenuto non si volesse accogliere, perchè lo si voleva rigettare. È pensabile, invece, che siasi ritenuto superfluo formulare in astratto un principio, che balzava fuori di tutta evidenza dalla concreta espressione di tanti altri.

Particolarmente significativi al riguardo sono — tra gli altri — i paragrafi 58-60 della ‹ Einleitung › perchè gli stessi dispongono che i concessi privilegi e le elargite ‹ Freiheiten › devono interpretarsi secondo la volontà del concedente se a titolo gratuito e secondo la lettera del contratto, se a titolo oneroso: « secondo la lettera del contratto », cioè escludendo ogni arbitrio quale derive-

stessi, che muovevano causa ai sudditi perchè costoro adempissero ai doveri loro. Ciò non significa allora che agli stessi principi regnanti non restava altra via che quella di giustizia per ottenere la necessaria ubbidienza dei sudditi? E se è così, ciò non vuol dire che tutto quanto si afferma sull'assolutismo va riveduto e corretto o che, quanto meno, devesi distinguere da paese a paese e tra epoca ed epoca? Quando, per esempio, il Vescovo di Basel nel 1729 muove causa avanti il ‹ Reichskammergericht › contro i suoi sudditi « wegen Rebellion und Empörung », non è evidente che egli non aveva altro mezzo per ottenere il riconoscimento dei suoi diritti e che egli non poteva fare uso della forza? (cfr. *Repertorium der Akten des Reichskammergerichts. Untrennbarer Bestand. Prozessakten aus der Schweiz, Italien, den Niederlanden und den Baltikum, sowie der freiwilligen Gerichstbarkeit.* Herausgegeben von O. Koser, Heppenheim 1933, ‹ Veröffentlichungen des Gesamtvereins der Deutschen Geschichts- und Altertums-Vereine › n. 23, pagina 7; n. 22, pagina 24).

196. Vedasi pag. 41 e segg. Cfr. J. W. Dilthey *Gesammelte Schriften* XII (Leipzig-Berlin 1936) 182; J. Schoeps *Das war Preussen* cit., 128.

rebbe da un ‹ Machtspruch › ovvero anche da una legge che il Principe, cioè lo Stato, emanasse all'uopo per dare al contratto il significato che a lui tornasse più comodo.

Il problema « ob ein Fürst gehalten seye, seinen und seiner Vorfahren Contracte oder Handlungen Folge zu leisten? », come ho già posto in rilievo in altro mio lavoro, non era sconosciuto in Germania, ove la dottrina aveva cominciato ad interessarsene sino dall'inizio del XVIII secolo [197], ma è del massimo interesse che la risposta affermativa data dai giuristi e dai moralisti al quesito, venga nell'‹ *Allgemeines Landrecht* › tradotto in concreti precetti di legge.

6.

Anche qui, perciò, dobbiamo segnare un punto a favore dello Stato prussiano, cui va riconosciuto un altro importante merito del quale qui è necessario parlare, e cioè che esso cercava di portare ad attuazione le norme della legge, mediante un apparato di funzionari scelti con criteri che solamente oggi sono accolti dalle moderne legislazioni, in quanto nel conferimento dell'Ufficio guardavasi solo al merito dell'individuo.

A dire il vero la dottrina, molto prima dell'‹ *Allgemeines Landrecht* ›, si era preoccupata del problema, come dimostra, per esempio, il fatto che alla questione « se sia lecito al principe promuovere ad un Ufficio una persona competente, allontanandone però una ancor più competente » (« Ob ein Fürst zu einem Amt einen zwar Tüchtigen jedoch mit Zurücksetzung eines noch Tüchtigeren befördern könne? »), Ertel aveva già risposto negativamente. Il merito tuttavia dello ‹ *Allgemeines Landrecht* › sta nell'avere consacrato i risultati cui era arrivato il pensiero della dottrina in chiari precetti di legge, i quali danno vita a principî che ben possono ritenersi cardinali per ogni ordinata amministrazione [198].

Quando, per esempio, l'‹ *Allgemeines Landrecht* › (§ 70 Titolo 10, Parte II) dispone: « Es soll niemanden ein Amt aufgetragen werden, der sich dazu nicht hinlänglich qualificirt, und Proben seiner Geschicklichkeit abgelegt hat », dice, forse, qualcosa di molto diverso dall'art. 97 comma 2 della nostra Costituzione secondo il quale « agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso salvo i casi stabiliti dalla legge »? A me proprio non pare, ond'è che, se differenza vuolsi trovare, questa, a parere mio, sta in ciò che la norma dell'‹ *Allgemeines Landrecht* › precede quella della nostra Costituzione di ben due secoli.

197. E. BUSSI, *Stato, Sudditi e Sovrano* cit., 46 e quivi nota 114.
198. A. W. ERTEL *Neu-eröffnete Schau-Bühne von dem Fürsten Recht* (Nürnberg 1702) 102.

Su questo punto merita veramente la pena che ci si soffermi, sia pure brevemente, perchè, più, forse, che non tanti altri, è indicativo del trapasso dallo Stato così detto assoluto allo Stato così detto di diritto, nonchè dall'epoca moderna a quella, direi quasi, contemporanea.

Che, per vero, in Germania il Principe dovesse usare particolari cautele nell'assumere i suoi impiegati « riconoscendo i servizi di ognuno », è cosa, questa, che già von Seckendorff raccomandava caldamente nella sua opera[199], ma è importante notare che in Prussia, nel XVIII secolo, il merito era ormai l'unico metro per misurare il valore dell'individuo, come ho avuto occasione di porre in rilievo in altro luogo[200].

È importante, dico, per un duplice ordine di considerazioni.

Anzi tutto perchè anche su questo terreno colpisce il contrasto tra quanto avveniva nella ben ordinata Prussia e quanto praticavasi altrove, per esempio in Francia. Quivi la vendita degli uffici e delle cariche pubbliche aveva raggiunto forme tali, da sollevare lo stupore di Schlözer, il quale, nel suo carteggio, ce ne ha conservato ricordo spigolando numerosi esempi dagli « *Affiches de Paris* » che era il ‹ Foglio Ufficiale › di allora per queste operazioni[201].

199. E. Bussi *Stato, Sudditi e Sovrano* cit., 63, § 13.

200. Cfr. E. Bussi, recensione ad H. J. Schoeps *Das war Preussen* cit., in « *Rivista di Storia del Diritto Italiano* » (1962) con ampi riferimenti.

201. A. L. Schlözer *Briefwechsel meist statistischen Inhalts* (Göttingen 1775) 49 ss. Nel « *Pariser Intelligenz Blatt* » (« *Affiches de Paris* ») gli Uffici richiesti o messi in vendita si trovano sotto le rubriche « Charges, offices ou rentes à vendre », ovvero « Demandes particulières », colle seguenti formule: « On voudroit acquérir une charge à Paris, qui produisit au moins le denier 10 en travaillant. On y employeroit depuis 20 jusqu'à 30.000 livres » (« *Affiches* », 1766, 227).

« On voudroit acheter une charge de 100 à 120.000 Livres sans beaucoup d'exercice. Il faut s'adresser à M. Vivien Notaire & c. (« *Affiches* », 1766, 220).

« Un particulier souhaiteroit une Charge de Sécrétaire du Roi près le Parlement de Rennes, ou une autre charge de la même valeur ou environ qui auroit les mêmes Privilèges & qui n'exigeroit aucune function. S'adresser a Mr. Fourestier Notaire, Rue St. Avoye 3 (« *Affiches* », 1751, 493).

« On desiroit acquérir une Charge de 6 à 7000 Livres qui produisit le denier 10, et dont l'exercice se fit à Paris & n'egigeat aucune connoissance des affaires. Il faut s'adresser a Mr. De Chatouru, Pr. rue des mauvaises paroles, maison du Notaire » (« *Affiches* », 1766, 363).

« Jolie Charge militaire, donnant au bout d'un certain temps de service la croix de S. Louis, & produisant 720 Livres. Prix 10.000 L. On s'adressera à Mr. Bronot Not. rue Ste. Avoye » (« *Affiches* », 1766, 88).

« Charge donnant la noblesse, & procurant dans la Province toute la consideration possibles. Prix 75.000 L. » (« *Affiches* »), 1766, 424).

« Charge de Président à la Cour de Monnoies de Paris. Elle donne la noblesse au prémier degré, et produit 2679 L. L'acquisition en est facile. On s'adressera à Mr. Sauvaige Not. rue de Bussi » (« *Affiches* », 1766, 192).

« Un particulier desireroit acquérir une Charge honoraire et lucrative; ou simplement honorable & n'ayant même aucun revenu. Dans le Ir. cas il y mettroit depuis 20 jusq'à 50.000 L.,

In secondo luogo perchè è evidente che nell'‹ *Allgemeines Landrecht* › già viene consacrato legislativamente quel « freies Spiel der Kräfte », che è la principale istanza del moderno liberalismo.

Certamente, e lo si desume da quanto dice in ordine alla materia di polizia economica, Svarez è ancora legato sul piano delle concezioni economiche alle teorie mercantiliste di allora, ma, per quanto riguarda il rapporto tra Stato e funzionario egli anticipa la soluzione che il liberalismo darà più tardi alla così detta ‹ questione sociale ›, permettendo a tutti di salire i gradini della piramide sociale, ben inteso a quelli che ne hanno le necessarie capacità.

Non vi ha dubbio infatti che il testè ricordato § 70 contenga in sè ed in via esplicita il ‹ primum principium › che il movimento liberale vorrà poi rispettato per l'individuo, quello, cioè, della « freye Bahn dem Tüchtigen », cioè della « libera via all'uomo di merito ».

È nella natura dell'uomo, più incline a credere il male anzi che il bene, di domandarsi a questo punto se il principio consacrato nel citato § 70 abbia avuto solamente un valore teorico, ovvero sia stato portato nella pratica; ed oltre a ciò se l'insegnamento di Svarez: « essere obbligo dello Stato di provvedere al savio conferimento degli uffici con persone capaci »[202], sia stato fatto proprio dal suo reale discepolo.

A parte il fatto che Federico Guglielmo III, nonostante la sua debolezza di carattere nel campo della politica, ebbe a dimostrare colla dirittura della sua vita di non avere dimenticato gli insegnamenti morali del suo pedagogo; vale la considerazione che in quei *Pensieri sopra l'arte di Governo* che egli ebbe a stendere tra il 1796 ed il 1797, Federico Guglielmo III dimostra di avere assimilato perfettamente le massime di amministrazione che su questo punto erangli state insegnate[203].

Proprio a proposito del conferimento degli uffici, scrive per esempio il ‹ Kronprinz ›: « La grande abilità di un Principe consiste nel mettere ciascuno

& dans le IId cas depuis 10 jusq'à 30.000 L. Moins il y aura d'exercice mieux elle conviendra. On s'adressera & c. » (« *Affiches* », 1766, 572).

« Deux Offices de Cour Souveraine, l'une à Paris du prix de 5.000 L. & l'autre du prix de 30.000 L. en Franche Comté. L'acquisition en est facile » (« *Affiches* », 1766, 600).

« On voudroit emprunter 20.000 L. par Privilège sur deux charges de plus de 100.000 L. que l'on garantira franches de toutes hypothèques » (« *Affiches* », 1766, 579).

« Un particulier souhaiteroit emprunter 4 ou 5000 L. pour le restant du payement d'une Charge. Il donnera privilège sur led. charge et hypothèque sur d'autres biens » (« *Affiches* », 1766, 146) ». Come si vede siamo molto lontani dal principio del m e r i t o sanzionato nell'‹ *Allgemeines Landrecht* ›.

202. C. G. SVAREZ *Vorträge* cit., 62.

203. *Gedanken über die Regierungskunst zu Papier gebracht im Jahre 1796-1797*, in G. KÜNTZEL - M. HASS *Die politischen Testamente* cit., 112 ss.

al suo posto e nel non anteporre mai il favore e le raccomandazioni ai veri meriti »[204].

La massima viene estesa dal ‹ Kronprinz › — e questo è significativo! — anche al campo ove la discrezionalità del Principe è assoluta e cioè alla materia graziosa: « Per ciò che riguarda la materia graziosa è bene che il Principe non sia troppo condiscendente, perchè qui, purtroppo, sorgono troppi abusi e così accade che talun indegno, che possiede la sfrontatezza di domandare, riesca ad ottenere. Qui soprattutto va guardato ai meriti e non ad altre contingenze ».

Vero è però che il ‹ Kronprinz ›, nonostante la sua ancor giovane età, si dimostra esperto di uomini e di cose, perchè subito dopo aggiunge: « Le persone le quali hanno costantemente sulle labbra probità, virtù e religione e costantemente parlano dei loro meriti, raramente verranno trovate corrispondenti a quanto esse dicono di loro stesse »[205].

Quando si parla perciò di merito e di capacità nello ‹ *Allgemeines Landrecht* ›, non ci si riferisce solamente alle qualità intellettuali dell'impiegato, alla sua preparazione professionale, alla sua fedeltà all'ufficio[206], ma anche al suo comportamento morale, cioè al suo ‹sittliches Verhalten›.

Bisogna aggiungere infatti che il § 329 della Sezione 8, Titolo 20, Parte II stabilisce che « i superiori i quali senza le prescritte prove della sua capacità e del suo morale comportamento insediano taluno in un pubblico ufficio, sono responsabili non solo nei confronti dello Stato, ma anche nei confronti di chiunque altro, per i danni che conseguono dal suo operato »[207].

La norma, la quale è contenuta — si noti! — nella Sezione riguardante i « Reati dei servitori dello Stato » (« Von den Verbrechen der Diener des Staats »), non fa che applicare ad un caso concreto il principio generale contenuto nel § 75 Titolo 10, Parte II secondo cui « chi scientemente affida un ufficio a

204. KÜNTZEL-HASS *Ibid.* 116.

205. KÜNTZEL-HASS *Ibid.* 120-121. Mi accorgo ora che, recensendo il già tante volte citato volume di H. J. SCHOEPS *Das war Preussen*, in « *Rivista di Storia del Diritto Italiano* » 35 (1962) 111-112, in conseguenza di una incresciosa sovrapposizione di appunti ho riferito a Federico II i due passi qui ricordati, che invece appartengono ai mentovati *Pensieri* di Federico Guglielmo III. Nel correggere qui la svista, ne chiedo scusa al lettore.

206. La fedeltà all'ufficio è cosa diversa dalla fedeltà al capo dello Stato. Questa discende dal § 2, II, Tit. 10: « Sie ‹cioè i funzionari militari e civili› sind, ausser den allgemeinen Unterthanenpflicht, dem Oberhaupte des Staats besondre Treue und Gehorsam schuldig »; quella, invece, scaturisce dal § 88 dello stesso titolo: « Wer ein Amt übernimmt, muss auf die pflichtmässige Führung desselben die genaueste Aufmerksamkeit wenden ».

207. « Vorgesetzte, welche jemanden, ohne die vorgeschriebene Prüfung seiner Fähigkeiten, und seines sittlichen Verhaltens, zu einem öffentlichen Amte beförderm sind bey entstandenem Schaden, nicht nur dem Staate, sondern auch einem Jeden, der dadurch Nachtheil erlitten hat, verantwortlich ».

persona inadatta risponde del pregiudizio arrecato allo Stato ed ai singoli cittadini dalla ignoranza o dalla incapacità della stessa »[208].

Oltre la responsabilità del funzionario infedele consegue anche, ben inteso, l'allontanamento della persona incapace dall'ufficio nel quale illegalmente è stata insediata[209], ond'è che a questo punto, poichè allo storico che studia una epoca passata viene del tutto spontaneo e naturale fare un paragone con quella in cui vive, della quale ben conosce i difetti, mi domando quanti uffici implicanti anche grandi responsabilità politiche od amministrative dovrebbero dichiararsi vacanti e quante cause di risarcimento dovrebbe oggi, lo Stato, iniziare avanti ai Tribunali, se tali provvide norme esistessero nella nostra legislazione e venissero portate a pratica esecuzione.

7.

L'importante è che tutto questo è voluto non già in nome di una statolatria che è sconosciuta alla epoca dei lumi, sibbene per realizzare il fine della « società civile », cioè la felicità di o g n i s i n g o l o u o m o e per salvaguardare allo stesso i diritti che la natura gli ha concessi.

« La espressione inalienabili diritti dell'uomo — scrive a questo proposito Svarez — ha avuto quasi la stessa sorte della parola ‹ Aufklärung ›. Essa, dall'inizio della Rivoluzione francese è venuta in bocca a tante persone che non la capiscono o la spiegano tanto erroneamente, che una persona seria si dovrebbe quasi vergognare di usarla ulteriormente »[210].

Tuttavia, prosegue il nostro Autore, vi è veramente in essa un fondamento di verità, perchè i diritti inalienabili dell'uomo sono quelli ai quali l'uomo non può rinunciare sotto alcuna condizione, e dei quali certamente non ha fatto getto neanche quando ha formato la civile società[211].

Infatti, prosegue Svarez, « poichè l'uomo è stato messo al mondo dal suo Grande Creatore per la felicità, e codesta appunto è l'ultimo fine del fatto di essere qui, così la natura lo ha fornito di forze, capacità ed altri beni, che egli deve applicare come mezzi per il raggiungimento di quel fine. Fra di questi ve ne ha taluno così formato che, senza di esso, non è possibile alcuna felicità. L'uomo quindi agirebbe proprio contro il suo destino, se volesse rinunciare

208. « Wer wisentlich eine Bedienung einer dazu nicht tauglichen Person anvertraut, muss dem Staate, und den einzelnen Bürgern desselben, für allen durch die Unwissenheit und Untauglichkeit eines solchen Bedienten enstandenen Nachtheil gerecht werden ».

209. § 330, II, 20: « In den Fällen des § 325-329 wird die ernannte oder gewählte Person von dem Amte ausgeschlossen, und dasselbe von der vorgesetzten Instanz einer andern dazu tüchtigen Person nach Gutfinden übertragen ».

210. C. G. SVAREZ *Vorträge* cit., 584: cfr. 217 ss., 257.

211. SVAREZ *Ibid.* 584.

a questi beni od al diritto di servirsene per la sua felicità. La rinuncia agli stessi è pertanto moralmente impossibile, ond'è che, anche se avvenisse, sarebbe priva di efficacia ».

Tali beni inalienabili sono [212]:

a) la vita, perchè questa è la condizione sotto la quale l'uomo, come essere composto di corpo e di spirito, può godere la felicità. Le dottrine religiose che parlano della prosecuzione della vita dopo la morte qui non ci riguardano. Esse devono venire lasciate al giudizio ed al convincimento di ognuno.

b) la facoltà di potersi determinare alle proprie azioni secondo i principî di ragione, cioè la libertà morale. Senza la libertà morale l'uomo finisce di essere ragionevole: egli non può quindi rinunciarvi. È impossibile che l'uomo possa obbligarsi a volere qualcosa che egli comprende essere contro le leggi della ragione e contro il fine della sua felicità. Se egli vuole qualcosa del genere ciò accade per via di un errore di giudizio.

c) il diritto di ricercare la propria felicità mercè il perfezionamento delle proprie forze e delle proprie capacità.

1. In rapporto a talune forze e capacità l'uomo deve spesso, a dire il vero, rinunciare al diritto di perfezionarsi. Ciò riposa sulla natura dell'uomo. Chi studia, nuoce al corpo, così come il pensatore profondo nuoce alle forze spirituali minori.

2. È però impossibile una completa rinuncia alla cultura di tutte le proprie forze e capacità.

3. Particolarmente non può, l'uomo, rinunciare al perfezionamento della sua intelligenza e della sua ragione. L'uso della ragione per la conoscenza della verità è «ein inalienables Recht». Senza ragione si può essere felici come un animale ma non come un uomo (« Ohne Vernunft kann man jemand als Tier, nicht aber als Mensch glücklich sein »).

8.

Si possono così precisare i limiti del potere legislativo, il quale non può invadere la sfera di questi diritti a meno che esso non possa invocare la ragion di Stato, ma ciò accade solo se il fine dello Stato, la pace o la sicurezza pubblica non possano altrimenti venir raggiunti. Esempi:

1. Lo Stato può costringere il cittadino a difendere la società anche a costo della vita.

2. Esso può costringere qualcuno a fare qualcosa ch'egli non vuole, qualcosa che è contrario alla sua convinzione, e che pertanto è contrario alla sua

212. SVAREZ *Ibid.* 217 ss., 584 ss.

libertà morale. Per verità, tuttavia, il volere è una conseguenza del giudicare e poichè le convinzioni del giudizio possono essere erronee, così può darsi che il cittadino voglia qualcosa che non dovrebbe volere. Lo Stato quindi, in casi in cui lo esige il fine della società civile, può sostituire i suoi giudizi al posto di quelli del privato che vuole agire. Esso può costringere quest'ultimo ad una azione contro la sua convinzione, ma esso non lo può costringere a volere qualcosa di diverso da ciò che egli riconosce per buono e ragionevole. Il potere di coercizione dello Stato quindi si può estendere solo a quelle azioni, che sono collegate ai fini dello Stato e perciò non a quelle religiose.

3. Lo Stato può proibire che l'uomo applichi questa o quella delle sue forze o capacità a questo od a quell'uso: non gli può proibire, però, che egli generalmente perfezioni le sue forze e le sue capacità ed in ispecie le sue più elevate forze spirituali; nè gli può proibire di aspirare alla verità o di dedicare ciò che occorre a soddisfare l'impulso verso la conoscenza posto nella sua anima dal Creatore.

Provvedimenti di tal genere sono illeciti e non vincolativi. All'interno di questi limiti la libertà naturale dell'uomo può essere limitata dalle leggi dello Stato; i suoi diritti naturali possono venire diversamente configurati; mutati e persino aboliti. In questo campo il potere legislativo non incontra altro limite che quello del suo stesso fine, e cioè:

1. Il mantenimento e la conservazione della pace e della sicurezza generale;

2. l'agevolazione ed il favorimento dei mezzi di cui si servono i singoli per la loro felicità privata;

3. la conservazione del vincolo statuale stesso, come ‹ conditio sine qua non ›.

La opportunità è quindi il più alto ideale del potere legislativo, al quale devono tendere tutti i suoi precetti e le sue norme.

Che su questo punto Svarez si avvicini alle idee dei ‹ Freiheitskämpfer › americani, nonchè a quelle della Rivoluzione francese, è cosa che salta agli occhi, ma sarebbe erroneo supporre che da codeste discenda il suo pensiero, perchè non invano si era alto levato l'insegnamento di Samuel von Puffendorf (1632-1694) e di Christian Wolff (1679-1754), cioè della scuola tedesca del diritto naturale [213]; nè senza eco era rimasta la voce di quei consiglieri principeschi da me ricordati, che avevano ammonito i loro signori a rispettare la persona dei sudditi, accentuando il momento del dovere nella funzione principesca [214].

213. Cfr. H. Conrad, nella ‹ Einleitung › a C. G. Svarez *Vorträge* cit., xxi.

214. E. Bussi *Stato, Sudditi e Sovrano* cit., 40 ss., § 10; nonchè E. Bussi *Pensieri intorno alla libertà* cit., 36.

D'altro canto, come si può dimenticare che, già prima dell'insurrezione americana, i giuspubblicisti tedeschi avevano affermato la uguaglianza degli uomini e la irrenunciabilità della libertà? « Ya — scrive ad esempio von Justi — da uns endlich Gott alle mit gleicher Freyheit, Würden und Rechten in die Welt setzet; so mache ich aus dem allen den Schluss, dass es die Pflicht und Schuldigkeit einer jeden Regierung ist, die natürliche Freyheit ihrer Unterthanen so wenig einzuschränken, als es nur immer mit dem Endzwecke der Republiken bestehen kann, und dass das allemal die beste Regierung ist, die sich ohne Abbruch des Endzweckes der Republiken der natürlichen Freyheit am meisten nähert » [215].

L'uso della ragione per la conoscenza della verità essendo un inalienabile diritto dell'uomo, ne consegue che l'uomo deve essere libero di ricercare la verità della Fede e della Scienza.

9.

Il primo punto riguarda il rapporto fra lo Stato e la Religione; il secondo, invece, quello dello Stato in rapporto alla comunicazione del pensiero e delle idee. Quanto Svarez scrive in ordine ai rapporti fra lo Stato e la Chiesa fa comprendere più della dotta dissertazione di molti storici lo spirito che animava la famosa ‹ tolleranza fridericiana ›. Taluno, muovendo dalla considerazione che il Gran Re professò un deismo colorato da influenze storiche ed illuministiche sia francesi sia inglesi, ha ritenuto di potere affermare che dovrebbesi piuttosto parlare di ‹ indifferentismo › religioso, e che questo, e niente altro, starebbe al fondo della ‹ tolleranza ›.

Anche che così fosse, e fra breve vedremo che non è, sarebbe sempre il caso di lodare questo indifferentismo, che ha dato origine ai famosi Titoli 11 e 12 della Parte II dello ‹ *Allgemeines Landrecht* ›, che sono veramente degni di uno Stato moderno.

Si prescrive tra l'altro infatti nel Titolo 11:

§ 1. Le idee dei cittadini intorno a Dio ed alle cose divine, alla fede ed al culto non possono essere oggetto di leggi costrittive.

§ 2. Ad ogni abitante nello Stato deve venire concessa una completa libertà di coscienza e di religione.

§ 3. Nessuno è tenuto ad accettare norme circa il suo personale convincimento in questioni religiose.

§ 4. Nessuno, a cagione delle sue opinioni religiose, può venire molestato, dichiarato responsabile, dileggiato o perseguito.

215. J. H. VON JUSTI *Die Natur und das Wesen* cit., 30.

§ 5. Sotto il pretesto dello zelo religioso a nessuno è lecito turbare la domestica tranquillità.

E nel Titolo 12 si aggiunge:

§ 1. Le scuole e le Università sono Istituti dello Stato, che hanno come fine l'istruzione della gioventù in utili conoscenze.

§ 2. Tali Istituti possono venire fondati solamente a saputa dello Stato e col suo gradimento.

§ 3. A nessuno, a causa della diversità della professione religiosa, può venire impedito di frequentare le pubbliche Scuole.

A parte quindi le personali convinzioni del Gran Re, è evidente che si tratta di princìpi che discendono da una sana concezione dei compiti dello Stato, la cui amministrazione, come dirà poi von Sonnenfels « tra persone sottoposte alle stesse leggi non deve sopportare altra denominazione che quella di cittadini »[216]. Direi anzi che, quand'anche la tolleranza non fosse stata praticata in Prussia in virtù del principio che tutti fa uguali di fronte alla legge, essa sarebbe stata introdotta in virtù della Ragion di Stato.

La cosa risulta evidente da quanto Federico II scrive nel suo *Testamento Politico* del 1752: « Les catholiques, les luthériens, les réformés, les juifs et nombres d'autres sectes chrétiennes habitent dans cet Etat (cioè la Prussia) et y vivent en paix: si le souverain animé d'un zèle déplacé s'avisait de se déclarer pour une de ces religions, on verrait d'abord se former des partis, les disputes s'échauffer, les persecutions commencer peu à peu et enfin la réligion persécutée quitter sa patrie et des milliers des sujets enrichir nos voisins de leur nombre et de leur industrie »[217].

Evidentemente Federico II ha qui presente l'esempio dell'impoverimento derivato alla Francia dalle sconsiderate persecuzioni religiose, che costrinsero tanti Ugonotti ad emigrare in Germania ove importarono industrie e mestieri nuovi; ma anche si affaccia certamente alla sua memoria il triste ricordo della Guerra dei Trent'anni, che aveva dilaniato la Germania per i ben noti motivi religiosi.

Per questo egli scrive che nei suoi Stati « si Rome veut empiéter sur Genève, elle y a du pire; si Genève veut opprimer Rome Genève est condamnée ».

Ciò non toglie che il Gran Re aggiunga: « Je tâche d'entretenir bonne amitié avec le Pape, afin de gagner par là les catholiques et de leur faire comprendre que la politique des princes est la même, quand même la religion dont il portent le nom, est différente. Cependant je conseille à la posterité de ne se pas fier au clergé catholique, à moins que d'avoir des preuves authentiques de sa fidelité »[218].

216. E. Bussi *I principi di governo* cit., 831.
217. G. Küntzel - M. Hass *Die politischen Testamente* cit., 40-41.
218. Küntzel-Hass *Ibid.*, 42.

L'aperta diffidenza qui dimostrata verso il Clero cattolico non nasce da ciò, che Federico II è luterano, bensì dal fatto, esplicitamente da lui denunciato, che « les Jésuites espèce la plus dangereuse de tous les moines de cette communion sont en Silésie singulièrement fanatiques de la maison d'Autriche », ragion per cui « pour opposer autel à autel » egli ha fatto venire dei gesuiti francesi i quali impediscono a quelli tedeschi di intrigare con Maria Teresa [219].

Che Federico II non fosse mosso da animosità verso la Chiesa Cattolica risulta da due famosi episodi della sua vita.

Nel 1740 rifiutando di dare soddisfazione ad una lagnanza evangelica contro la scuola cattolica di Glogau, egli ebbe a pronunciare la famosa espressione che ben caratterizza la sua politica religiosa: « Die Religionen müssen alle toleriert werden, und muss der Fiskal nor das Auge darauf haben, dass keine der anderen Abbruch tue, denn hier muss ein jeder nach seiner Fasson selig werden » [220].

E nello stesso anno, risolvendo il quesito postogli dal ‹ Generaldirektorium › se un cattolico potesse acquistare il diritto di cittadinanza, rispose: « Alle Religionen sind gleich und gut, wenn nur die Leute, so sie professieren, ehrliche Leute sind. Und wenn Türken und Heiden kämen und wollten das Land peuplieren, so wollen wir ihnen Moscheen und Kirchen bauen. Ein jener kann bei mir glauben, was er will, wenn er nur ehrlich ist » [221].

In sostanza il pensiero di Svarez in ordine alla materia religiosa, pensiero che ancor oggi presenta aspetti di grande pratico interesse, mi pare che concordi con quello di von Justi il quale osserva che « in quanto la Religione può svolgere influenza sul fine ed il benessere dello Stato il principio fondamentale è che essa sia del tutto soggetta al potere supremo dello Stato: nelle altre cose invece, che non hanno alcun rapporto con quest'ultimo e particolarmente in rapporto alle opinioni di Fede ed alle leggi proprie di ogni religione, la Religione trovasi fuori della sfera di potestà degli Stati » [222].

Certamente molto di quanto Svarez scrive a proposito dei rapporti tra Stato e Chiesa è collegato alla posizione particolare che il Principe riformato occupa nel campo religioso, posizione che è molto bene messa in luce da Federico II quando dice: « Je suis en quelque façon le pape des luthériens et des réformés, le chef de l'église » [223]; ma vi sono massime che valgono per ogni tempo e per ogni luogo e per ogni situazione.

Quando, per esempio, Svarez osserva essere « stato più volte ricordato e dimostrato che opinioni e sentimenti stanno fuori della sfera del potere legi-

219. KÜNTZEL-HASS *Ibid.*, 41.
220. *Randbemerkungen* cit., I 82.
221. Cfr. nota 220.
222. J. H. VON JUSTI *Die Natur und das Wesen* cit., 374, § 374.
223. G. KÜNTZEL - M. HASS *Die politischen Testamente* cit., 41.

slativo e che la più dura tirannia è quella che viene esercitata sopra l'intelletto e la coscienza dell'uomo » [224]; quando aggiunge che « lo Stato imponendo precetti dottrinari può fare solo degli ipocriti ed esigendo la confessione di tali precetti colla violenza diventa persecutore » [225]; afferma principi eterni, che valgono non solo per i dogmi del credo religioso ma anche per i dogmi del credo politico, il cui odierno fanatismo nulla ha da invidiare alla più cieca intransigenza religiosa medioevale.

Senonchè questa tolleranza fridericiana, che doveva venire obnubilata solo dallo ‹ *Zensuredikt* › e dallo ‹ *Religionsedikt* › di Wöllner [226] ministro per il Culto sotto Federico Guglielmo II, tornava sostanzialmente a favore non solo degli individui ma altresì delle stesse singole Chiese, non esclusa quella cattolica, cui era lasciata una libertà, che esse non conoscevano nemmeno nei paesi cattolici.

Mi riferisco in particolare a quel documento non molto noto da noi in Italia, che Maass ha pubblicato nelle *Fontes rerum austriacarum* una decina di anni or sono.

Si tratta delle ‹ *Istruzioni segrete per la Giunta Economale di Milano* › [227] che il 2 giugno 1768 von Kaunitz spedì da Vienna [228] e che vennero nell'agosto successivo non solo tradotte in francese ad opera della Cancelleria di Vienna [229]

224. C. G. SVAREZ *Vorträge* cit., 506.

225. SVAREZ *Ibid.*, 506.

226. Sul Wöllner cfr. indietro, nota 122.

227. F. MAASS *Der Josephinismus. Quellen zu seiner Geschichte in Oesterreich 1760-1790*, I (Wien 1951) ‹ Fontes rerum austriacarum. Herausgegeben von der oesterreichischen Akademie der Wissenschaften in Wien, Philosophische-Historische Klasse ›, 288 ss. nota 130*a*. Il documento è riprodotto anche fotograficamente nei *Beilagen* 4-6.

228. F. MAASS *Der Josephinismus* cit., I n. 130, 287 ss. È interessante osservare che von Kaunitz nel ‹ Viglietto › col quale inviava copia delle Istruzioni al suo fedele collaboratore ‹ Hofrath › von Sperges, scriveva: « Mando finalmente al mio caro signor de Sperges il qui annesso progetto per le Istruzioni Secrete. Le dimando scusa d'avercelo fatto tanto aspettare; ma oltre che la diversità delle mie occupazioni non mi ha permesso sin'ora di starci appresso di seguito, confesso che ho nuovamente esperimentato in questa occasione, che vi vuole più tempo assai per essere breve che prolisso, e che mi ha costato qualche fatica il ridurre in poche righe la decisione di una questione che di miliaja di volumi ha riempito le biblioteche, senza renderla, a mio senso, di ben lungi chiara, come a me sembra. Non so poi, se sembrerà a Lei così chiaro il mio ragionamento, come sembra a me, e volentieri ne sentirò il di Lei sentimento, il quale Lei mi farà piacere di comunicarmelo liberamente ».

229. F. MAASS *Der Josephinismus* cit., I n. 147, 322. Nella traduzione francese, con modifica notevole del testo italiano, si dice tra l'altro che: « le maintien de l'ancienne pureté du dogme, ainsi que la discipline et le culte se trouvent être des objets, qui intéressent si essentiellement la société et la tranquillité publique, que le prime en sa qualité de souverain chef de l'Etat ainsi que protecteur de l'Eglise ne peut permettre à qui que ce soit, de statuer sans sa partecipation sur des matières d'une aussi grande importance ».

ma altresì rielaborate in lingua tedesca[230] ottenendo la approvazione di Maria Teresa[231].

Per quanto sarebbe di estremo interesse soffermarci sui motivi che determinarono l'emanazione di queste istruzioni, motivi che sono stati in modo esauriente lumeggiati da Maass, la natura e l'oggetto del nostro lavoro ci vieta di porre le stesse nella loro appropriata cornice storica.

Ai fini della nostra dimostrazione sarà perciò sufficiente riportare il contenuto — che è troppo importante per essere omesso — del documento in parola, avvertendo che il suo scopo è bene espresso dal titolo premesso alla traduzione tedesca: « Principî che determinano i confini tra potere spirituale e mondano e che di conseguenza possono preservare ad un tratto e per sempre la Cristianità da tutte quelle tristi conseguenze alle quali hanno portato i dubbi nutriti da molti secoli al riguardo negli animi »[232].

« Vienna li 2 giugno 1768

Istruzioni Secrete per la Giunta Economale.

La Giunta Economale, stabilita per invigilare con imparzialità e parità di attenzione all'indennità dei legittimi diritti del Clero nulla meno che a quella della suprema potestà del Principato, non perderà mai di vista in tutte le contingenze de' casi compresi nella di lei incombenza, e dovrà essere eziandio regola assoluta e costante di tutte le sue operazioni:

che tutto quello, che non è d'istituzione divina di privativa competenza del sacerdozio, è oggetto della suprema potestà legislativa ed esecutrice del principato.

Che d'istituzione divina non può dirsi, che quello, che da Gesù Cristo medesimo è stato attribuito ai suoi Apostoli.

Che a questi dal divino nostro redentore non si sono attribuite che le sole incombenze spirituali,

della predicazione dell'Evangelo,
della dottrina cristiana,
del culto divino,
dell'amministrazione dei sagramenti,
e della disciplina interna degli ecclesiastici.

230. F. Maass *Der Josephinismus* cit., I n. 157, 332 ss.

231. Maass *Ibid.* 99.

232. « Grundsätze, welche die Grenzen der geistlichen und weltlichen Gewalt bestimmen, folglich einmal und für ewige Zeiten die Christenheit von allen denenjenigen traurigen Folgen bewahren können, welche derselben seit vielen Jahrhunderten die dieserwegen erregte und bis auf diese Stunde sorgfältig wahrhaft in den Gemüthern unterhaltene Zweifel zugezogen haben December 1768 ».

Che, ciò stante, a questi oggetti soli si riducono le incombenze e l'autorità del clero.

Che ogni altra autorità, qualunque sia, è restata privativamente appoggiata alla suprema potestà civile, siccome lo era dalla prima origine delle società e dei principati per tutti i secoli, che hanno preceduto il successivo stabilimento della nostra santa religione.

Che al di là dei capi sovraccennati non v'è prerogativa, non v'è ingerenza veruna degli ecclesiastici nel temporale, che possa richiamarsi come legittima, se non deriva dal consenso o dalla volontaria concessione dei principi.

Che qualunque cosa dal principe conceduta o stabilita, che da esso a beneplacito avrebbe potuto non concedersi o stabilirsi, è mutabile ed eziandio affatto revocabile al pari di ogni altra legge o concessione del legislatore, il quale non solamente può, ma anzi deve appropriare ai tempi ed alle circostanze le sue leggi, le sue concessioni, e tutti i stabilimenti fatti o da farsi.

Che sono nell'istesso caso tutte le disposizioni de' concilj e de' canoni, non risguardanti oggetti puramente spirituali, non tenendo essi la qualità loro obbligatoria che dall'assenso dei principi, come lo comprova il fatto e la diversità di diversi concilj ammessi e non ammessi in varij principati della Christianità. Stante che non può dubitarsi, che quello, il quale ha potuto affatto non ammetterli, può a più forte ragione rettificare le loro disposizioni, e del tutto eziandio revocarle, se per la diversità dei tempi la ragione di stato ed il bene pubblico lo richiedessero.

E finalmente, che non è ne anche arbitraria ed independente affatto l'autorità del sacerdozio risguardo al dogma ed alla disciplina; poichè troppo importa al principe che conforme all'Evangelo si mantenga il dogma, ed alle circostanze del bene pubblico la disciplina degli ecclesiastici, ed il culto divino, perchè possa egli abbandonare a chi che sia, di arbitrare senza il suo concorso sopra oggetti di tanta conseguenza.

A queste massime adunque dovrà riccorersi in tutte le dispute giurisdizionali che occorreranno ».

Si comprende bene come il ‹ Graf › von Kaunitz andasse fiero di queste ‹ *Istruzioni* › che egli personalmente aveva redatte, perchè, a volere essere sinceri, bisogna dire che egli, muovendo dalla necessità di dare norma a talune controversie che allora erano sorte tra la Corte di Vienna ed il Vaticano — la sostituzione della censura ecclesiastica sui libri con quella di Stato [233], il divieto

233. F. MAASS *Der Josephinismus* cit., I n. 135, 199 ss.

di pubblicazione nei domini austriaci in Italia della Bolla ‹ *In coena Domini* › [234] ed altre — seppe arrivare ad una definizione dei rapporti tra Stato e Chiesa nella quale non si sa se ammirare di più la limpidezza dei concetti o la concisione del dettato.

« In den Geheiminstruktionen aber — scrive a questo proposito F. Maass — behauptet Kaunitz bereits, dass dem Fürsten alles daran liegen müsse, dass das Dogma dem Evangelium und der Gottesdienst den Erfordenissen des allgemeinen Wohles entsprächen. Daher könne der Inhaber der obersten Gewalt im Staate der Geistlichkeit auch in diesen Bereichen keine Unabhängigkeit zugestehen » [235]. Senonchè, se importa al Principe « che conforme all'Evangelo si mantenga il dogma », poichè la conformità non può giudicarsi senza entrare a spiegare il contenuto ed il significato del dogma stesso, ciò non significa attribuire al Principe ben più che una potestas « circa sacra » anche una autorità ‹ in sacris ›?

Se così è, allora, non è vero che assai più liberale è l'insegnamento di Svarez secondo il quale non solo lo Stato non deve immischiarsi nel ‹ Gottesdienst › di ogni religione, ma neanche nelle teorie speculative di esse [236], in quanto che lo Stato, come diceva Federico II « deve lasciare ad ogni individuo la libertà di scegliersi il cammino con cui giungere al Cielo » [237] ?

10.

« Il diritto di partecipare ad altri il proprio pensiero — scrive, come vedremo più oltre, Svarez — e di farsi partecipare lo stesso è uno dei primi e più naturali diritti dell'uomo, perchè esso procede dall'impulso alla socievolezza che il Creatore ha posto in tutte le nostre azioni » [238].

Tuttavia, poichè lo Stato ha il diritto della suprema sorveglianza (‹ Oberaufsicht ›) tanto sugli individui singoli, quanto sui gruppi sociali che formano la società [239] e poichè, come scrive il v. Justi « l'indice più significativo di una buona polizia è una instancabile attenzione sull'attuale stato del paese e della città, sopra la quale si estende » [240], si comprende come siffatto diritto cada entro la ‹ Oberaufsicht › della polizia in quanto la diffusione di dannose idee potrebbero nuocere alle condizioni dello Stato o della Società.

234. F. MAASS *Der Josephinismus* cit., I 326 ss.
235. MAASS *Ibid.* 96.
236. C. G. SVAREZ *Vorträge* cit., 506.
237. SVAREZ *Ibid.* 507-508.
238. SVAREZ *Ibid.* 492.
239. SVAREZ *Ibid.* 46.
240. J. H. G. VON JUSTI *Die Natur und das Wesen* cit., 476.

Il problema quindi, non conoscendosi all'epoca di Svarez altri modi di diffusione del pensiero, è connesso a quello della ‹ Bücherpolizei ›, e delle ‹ Zensurgesetze › in ordine al quale Svarez, nello stesso tempo che illumina la non semplicemente f o r m a l e, ma al contrario s o s t a n z i a l e tolleranza prussiana in questo campo, conferma la grande libertà che, proprio in Germania, allora generalmente godevasi in tema di libertà di stampa.

Alla questione ho già accennato in due miei lavori precedenti, quando ho ricordato la testimonianza non certo sospetta di Schlözer[241], e quella non meno esplicita di Haeberlin[242], ma non penso sia male qui ricordarla di nuovo, perchè quanto Svarez scrive sulla censura e sulla libertà di stampa non solo bene potrebbe essere fatto proprio da qualsiasi moderno uomo di Stato, ma dovrebbe altresì costituire oggetto di riflessione per i capi dei moderni regimi sia dittatoriali, sia « democratici ».

« Se è certo che l'animo dell'uomo — scrive Svarez — è la parte più nobile e più degna della sua esistenza e che la conoscenza della verità è quel bene al quale l'uomo, in grazia del mai quieto impulso posto in lui dal Creatore della sua natura, costantemente aspira e deve aspirare; così è anche certo che la più opprimente ed ingiusta specie di tirannia sia quella la quale vuole porre costrizione al patrimonio di conoscenze dell'uomo e colla violenza a lui vuole impedire di soddisfare la sua sete di verità »[243].

La nobiltà di questi concetti non è venuta meno col passare del tempo e meglio fa comprendere quella differenza, cui altrove ho accennato, che esiste tra il pseudo-assolutismo principesco del XVIII secolo in Germania e l'assolutismo ferocemente intransigente della Rivoluzione francese, nonchè di tutti i regimi che ai suoi metodi di governo si sono ispirati[244].

D'altro canto, se io non vado errato, questo spirito veramente ‹ liberale › che si coglie nel pensiero di Svarez conferma quella diversità di indirizzo governativo tra l'Austria e la maggior parte dei paesi tedeschi, cui in altra occasione ho accennato.

Osservai allora a questo riguardo come non mi sembrasse « che in questi la regalia di stampa (‹ *Bücherregal* ›) abbia portato mai a concepire la censura come un ordinario mezzo di governo »[245].

Per vero il pensiero dominante nelle sfere governative austriache a cavaliere tra il secolo XVIII ed il secolo XIX era quello bene espresso da von Sonnenfels nei suoi *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz* da me a suo tempo illuminato. La questione della censura, secondo il von Sonnenfels, è tutta in questa domanda: « se cioè al fine di non escludere nessuno scritto che istruisca la mente

241. E. Bussi *Stato, Sudditi e Sovrano* cit., 210 ss.
242. E. Bussi *Il principio rex sub lege* cit., in fine.
243. C. G. Svarez *Vorträge* cit., 492.
244. E. Bussi *Pensieri intorno alla libertà* cit., 43 ss., § 9.
245. E. Bussi *I principi di governo* cit., 825.

ed il cuore od ingentilisca il gusto, debbasi permettere l'ingresso a tutte le opinioni erronee o pericolose, a tutti i fogli che guastano l'intelletto, il cuore, i costumi, a tutti i lavori che minano la religione e la civile ubbidienza. Posto così il problema non vi è nessuno che sia in senno il quale, per non privarsi di alcuna medicina, sia disposto a permettere la vendita a tutti del veleno »[246]. Quanto invece a questo proposito Svarez osserva, è notevolmente diverso: « È bensì vero — egli scrive — che il fine della censura è solamente di impedire la diffusione di idee, principi ed opinioni dannose. Ma coloro che devono giudicare se il contenuto di un libro sia di questa specie, sono pur essi uomini, soggetti a errori ed a pregiudizi come tutti i loro fratelli. Non tutto è falso ciò che contraddice certe idee ricevute: non tutto è dannoso ciò che espone il poco fondamento di questo o di quel pregiudizio, di questa o di quella usurpazione »[247].

Poichè in Prussia cercavasi di seguire al riguardo la Costituzione ingelese[248], erano di conseguenza proibiti dalla legge di censura:

1. Gli scritti contro la Religione, la esistenza di Dio, l'immortalità, la Provvidenza, il « discrimen inter virtutem et vitium », l'esistenza di un futuro stato di ricompensa e di pena;

2. Gli scritti contro lo Stato i quali rendevano odiosa o sprezzabile la persona del Capo di esso, che incitavano alla disubbidienza ed alla sollevazione, che intaccavano i fondamenti della sicurezza;

3. Gli scritti contro i buoni costumi, nonchè quelli che incitavano al vizio o lo esaltavano.

Sostanzialmente, quindi, sembrerebbe che il contenuto delle leggi di censura in Austria ed in Prussia sia su per giù lo stesso, ma non è così, perchè in Prussia al di là dei confini sovra accennati si estende la illimitata libertà di stampa.

In più è importante notare lo spirito che anima la interpretazione di queste ‹ *Zensurgesetze* ›: « Vi fu un tempo — osserva a questo riguardo Svarez — in cui si credeva nelle streghe, in cui si pensava che l'inoculazione del vaccino fosse una peccaminosa e sacrilega intromissione nelle disposizioni della Divina Provvidenza, in cui era ritenuta eresia affermare che la terra girava intorno al sole, in cui era pericoloso per il Principe l'insegnamento del diritto pubblico »[249].

Questi esempi — prosegue Svarez — dimostrano quanto sia pericoloso volere impedire colla forza e con dure ‹ *Zensurgesetze* › la diffusione di idee e di principi semplicemente a cagione di ciò, perchè essi secondo la esistente

246. E. Bussi *I principi di governo* cit., 826.

247. C. G. Svarez *Vorträge* cit., 492.

248. Svarez *Ibid.*, 45: « Aus diesen Gründen scheint es am ratsamsten zu sein gar keine Zensurgesetze zu geben sondern die englische Verfassung zu befolgen ».

249. Svarez *Ibid.* 493.

opinione comune vengono ritenuti per erronei e dannosi, e come grande sia il pericolo, al quale si espone lo Stato, di soffocare grandi ed utili verità volendo impedire dannosi errori [250].

Il punto di vista di Svarez è quindi — se mi è lecito dir così — agli antipodi di quello di von Sonnenfels e ben se ne può comprendere la ragione, quando si ponga mente che il precettore di Federico Guglielmo III muove dalla giustissima osservazione psicologica che « è nella natura umana, che essa tanto più ardentemente aspiri ad una cosa che essa ha conosciuto come oggetto dei suoi desideri ed altresì come un bene, e tanto maggiore valore le attribuisca, quanto più viene ostacolata nel suo conseguimento: così il Governo, mercè la proibizione di un libro a tanto meno perviene, in quanto che tale libro proibito tanto più zelantemente viene ricercato e tanto più viene avidamente letto in quanto l'esperienza dimostra che diverse operette di per sè insignificanti, le quali del tutto non lette sarebbero rimaste affidate alla corrente della dimenticanza, fanno una grande ed universale sensazione solo perchè il governo le ha trovate abbastanza importanti per emanare contro di esse un ordine proibitivo » [251]. Ecco perchè Svarez nel mentre deplora « i severi ed oppressivi istituti » adottati sotto Maria Teresa per reprimere il contrabbando dei libri proibiti [252], suggerisce di proibire la stampa solamente dei libri « contrari ai principi fondamentali della Religione [253] e quelli contro i buoni costumi » [254]. È interessante a questo proposito la interpretazione che Svarez dà della Rivoluzione francese, perchè egli esplicitamente la fa dipendere dal malgoverno e non già dall'influenza « di una così detta filosofia, che si sarebbe diffusa nella massa della nazione francese mediante gli scritti di Rousseau, Mablys ed altri » [255].

Poichè Svarez, coerentemente al suo modo di vedere, non dà alcun peso agli ‹ Hetzblätter › cioè ai giornali scandalistici ed aizzatori le cui insinuazioni rimarrebbero senza peso su un popolo economicamente prospero e spiritualmente illuminato, egli la pensa del tutto diversamente da altri scrittori suoi contemporanei come per esempio Wieland, il quale — come già altrove ho ricordato — attribuiva alla infame propaganda politica che erasi svolta in Francia la caduta della monarchia e gli orrori della Rivoluzione [256].

Questo differente giudizio in ordine agli avvenimenti che allora si svolgevano in Francia dipende dal fatto che Wieland aveva, forse, una più precisa conoscenza delle cose francesi per via delle amicizie che egli, già nel 1760, allorchè era ospite del Conte Stadio al Castello di Warthausen, aveva fatto

250. SVAREZ *Ibid.* 494.
251. SVAREZ *Ibid.* 495, 496.
252. SVAREZ *Ibid.* 495.
253. SVAREZ *Ibid.* 497.
254. SVAREZ *Ibid.* 498.
255. SVAREZ *Ibid.* 497.
256. Cfr. E. BUSSI *La democrazia* cit., 8 ss., § 2.

nell'ambiente politico e culturale francese[257]; ma mi pare fuor di dubbio che in parte dipenda dalla rettitudine del carattere di Svarez, il quale, come ogni buon prussiano, non poteva nemmeno concepire che la stampa «la quale è il mezzo più efficace per diffondere verità ed utili notizie attraverso tutte le classi del popolo, per illuminare l'intelletto, per allargare i confini delle conoscenze umane, per nobilitare cuore e sentimenti, per innalzare un popolo ai più alti gradini della cultura»[258], possa tradire la sua missione diffondendo notizie false e propalando fatti non veri.

D'altro canto chi come Svarez afferma che «ogni attacco genera difesa» e fermamente crede che se una massima è verità «non può assolutamente accadere che i suoi difensori non debbano ben presto ottenere il sopravvento sopra i loro avversari», dimostra una fede incrollabile non solo nella «sich Gehorsam verschaffende Kraft» del vero, ma altresì nelle capacità critiche della ragione dell'uomo.

La Ragione, scriveva von Justi, è la legislatrice delle leggi umane, ed è ciò che deve governare gli uomini come tali[259].

Ahimè! se Svarez vivesse ai giorni nostri io non so se conserverebbe ancora intatta la sua ingenua fiducia sulla forza della verità di farsi largo tra tutte le menzogne, le mezze bugie, le reticenze e le insinuazioni dei moderni governi; ma è certo però che questa ferma e tranquilla fiducia nelle facoltà intellettive e critiche dell'uomo che bene sono espresse nella «Trias Verstand, Vernunft und Urteil»; proprio questa sicurezza nelle «Seelenkräfte» del «Menschengeschlechtes», è il fondamento spirituale di tutta l'opera di Svarez.

Proprio sotto questo profilo, perciò, mi pare essere interessante il disegno dello Stato che Svarez ci viene delineando nei suoi «Vorträge»: perchè esso è lo specchio fedele di quello Stato prussiano, che proprio per la sua energia spirituale, meritava a mio avviso quanto di esso ebbe a scrivere intorno al 1861 Wilhelm Dilthey: «Non c'è nessuno Stato dello Spirito nel senso che siavi una qualchesia parte della Germania la quale ne sia più ricca che non le altre. Ma se l'idealismo, che dappertutto cerca nella intelligenza il fattore determinante di ogni accadimento, è prettamente tedesco, allora tutta la Germania deve essere ben a ragione fiera della storia di uno Stato, il quale, nelle lotte decisive per la sua esistenza, due volte, si può dire, è stato fondato in virtù della sua pura energia spirituale; uno Stato la cui importanza per quanto riguarda la sua posizione e la sua estensione riposa sulla sua forza spirituale e non già sui rapporti fisici. Questa energia dello spirito, la quale è sicura del proprio dominio, co-

257. Oltre la numerosa bibliografia tedesca che esiste su C. M. Wieland, cfr. A. Fuchs *Les apports francais dans l'oeuvre de Wieland de 1777 à 1794* (1924); A. Fuchs *Goethe et Wieland après les Armées d'Italie* (Strassburg 1932).

258. C. G. Svarez *Vorträge* cit., 492.

259. J. H. G. von Justi *Die Natur und das Wesen* cit., 319, § 191.

stituisce allo stesso tempo la grande forza della Prussia ed il carattere della nazione tedesca. In questo senso la Prussia, come ‹ Stato della Intelligenza ›, può venire chiamata lo Stato più tedesco di tutta la Germania »[260].

11.

A questo punto rimane da esaminare un problema che non è da considerare di scarsa importanza: quale influenza, cioè, abbiano esercitato i ‹ Vorträge › di Svarez sulla formazione spirituale del loro reale uditore.

A questo proposito va tenuto presente che la personalità di Svarez mostra tre aspetti ben distinti: quello legislativo, che si manifesta nella sua attività codificata; quello giuridico, che si palesa nella interpretazione direi quasi ufficiale, che egli dà dello « *Allgemeines Landrecht* » nei suoi ‹ Vorträge ›; e quello didattico, che si esplica nella suggestione che esso ebbe ad esercitare sull'animo del ‹ Kronprinz ›.

Quest'ultimo riflesso implica anche, come si comprende, una valutazione politica, perchè il suo discepolo dovendo venire chiamato al trono, doveva perciò stesso essere chiamato anche alle cure di governo.

Giustamente Kleinheyer osserva a questo proposito che « Politik und Recht sind inkommensurabel » e che perciò anche se noi volessimo sottovalutare la importanza politica dei ‹ Vorträge ›, ciò non porterebbe ad alcun giudizio negativo sulla attività di giurista e di legislatore di Svarez[261].

La verità è però che, molto difficilmente, si potrebbe sottovalutare la importanza politica dei ‹ Vorträge ›, quando si tenga conto che essi segnarono un profondo solco nel pensiero e nell'animo del futuro Federico Guglielmo III di Prussia.

Una prova convincente di tutto questo ci viene fornita da quei *Gedanken über die Regierungskunst zu Papiergebracht im Jahre* 1796-1797 che Federico Guglielmo III compose allorchè era ancora ‹ Kronprinz › e che Küntzel ed Hass hanno pubblicato nella loro opera[262], tante volte da me ricordata.

Giustamente anche qui Kleinheyer ricorda come tutto, in questi pensieri, riecheggi l'insegnamento di Svarez: doveri del Capo dello Stato e virtù di Principe; amore per la pace e perfezionamento della ragione; amore per la giustizia ed onestà della amministrazione finanziaria.

Particolarmente indicativi sono — a mio parere — i concetti che Federico Guglielmo III espone quando viene a parlare delle virtù principali che un sovrano deve possedere: « Sano raziocinio, buon senso, equilibrato giudizio ed il

260. W. Dilthey *Gesammelte Schriften*. XII: *Zur preussischen Geschichte* (Leipzig 1936) 128.
261. G. Kleinheyer *Staat und Bürger im Recht* cit., 156.
262. Küntzel-Hass *Die politischen Testamente* cit., 112 ss.

più ardente amore per la giustizia, queste sono le virtù principali di un Principe. Poichè queste virtù sono tuttavia assolutamente indispensabili, così non può esistere alcun buon governo là dove il ‹ Landesherr › non le possiede, ovvero, peggio ancora, là dove egli si fa odiare a causa della sua indolenza, della sua depravazione o delle sue debolezze. Un Principe siffatto non merita di regnare e non fa meraviglia se alla fine i suoi sudditi si riuniscono per darsi un governo migliore. La rivoluzione francese dà a questo riguardo un convincente e spaventoso monito a tutti i cattivi Principi i quali non sono qui, come invece i virtuosi monarchi, per il bene del popolo, ma sfruttano lo stesso come sanguisughe sprecando e dilapidando il denaro dei loro sudditi anzichè adoperarlo per il vero bene dello Stato »[263]. Quella correlazione, già da me tante volte ricordata, che in Germania esiste tra insegnamenti dei pedagoghi e dottrine dei moralisti da un lato, e sentimenti dei principi e metodo di governo dall'altro, riceve qui una conferma che non teme refutazione.

263. KÜNTZEL-HASS *Ibid.*, 114. Ritiene anche, Federico Guglielmo III, che « die grosse Kunst eines Regenten besteht darin, einen jeden auf seinen rechten Fleck zu setzen, und nicht Gunst oder Empfehlungen allein den würklichen Verdiensten vorzuziechen » (KÜNTZEL-HASS *Ibid.*, 116). Come non udire in questo pensiero risuonare, nonchè la norma del § 70, II, 10 dello ‹ *Allgemeines Landrecht* › già da me ricordata nel corso di quest'opera, l'insegnamento dello Svarez e di W. L. von Seckendorff (cfr. E. BUSSI *Stato, Sudditi e Sovrano* cit., 62)?

PARTE SECONDA

TRADUZIONE ITALIANA DEL «VORTRÄGE»

di Carl Gottlieb Svarez

I.

« Il diritto pubblico universale ».

1.

|| Il diritto universale statuale, al quale vostra Altezza Reale oggidì vuole degnarsi di dedicare una parte delle sue ore, merita in realtà tutta l'attenzione di un futuro Principe. Questa scienza ha per fine di indagare più profondamente la natura e la qualità delle società civili riunite sotto una comune autorità superiore che noi chiamiamo Stato; di ricercare lo scopo per il quale gli uomini, col sacrificio della loro naturale libertà si sono consociati in Stato assoggettandosi alla ‹ Obergewalt › di un altro; alla fine però, muovendo da questo scopo, colla intenzione di sviluppare i rapporti fra Principi e sudditi. Alla storia rimane quindi riservato di mostrare all'osservatore, nello specchio dell'esperienza, come, mercè la fedele osservanza di questi diritti e di queste obbligazioni, Imperi siano diventati fiorenti e felici, ovvero, come, in conseguenza di averli negletti, Nazioni siano diventate povere e spregevoli. p 453

Prima tuttavia di considerare l'uomo nello stato di civile società, e di meditare sui suoi rapporti come membro di uno Stato, noi dovremo anzitutto rappresentarcelo nello stato di natura, quando ancora, cioè, non esiste alcuno stato, alcun ‹ Oberherr ›, alcun ordinamento civile. La storia ci insegna, cioè, che Stati e Re non sono stati qui all'inizio delle cose: che quasi in ogni paese della terra, del cui primitivo stato ci sia pervenuto notizia, ci fu un tempo, in cui gli uomini o isolati o divisi in famiglie e tribù, vivevano liberi ed indipendenti e che solo dopo il decorso di secoli, anzi di millenni, mercè l'unione di queste famiglie e poi di più piccole società, sono sorte quelle grandi associazioni che costituiscono oggi i nostri Stati.

È quindi interessante per noi sapere quali siano i diritti che spettano || all'uomo in questo stato naturale, a quali degli stessi egli abbia rinunciato col passaggio alla civile società e quali siano i vantaggi che egli ha voluto acquistare col sacrificio di una parte della sua naturale libertà. p 454

I naturali diritti e doveri dell'uomo si lasciano desumere nel modo più convenevole da quella aspirazione alla felicità che in ognuno di noi è stato instillata dal nostro grande Creatore: questa aspirazione pertanto non solo è il fine del fatto che noi siamo qui (‹ Dasein ›), ma il fondamento altresì di tutta la nostra natura morale. Ogni uomo, senza distinzione ed eccezione, desidera conformemente a ciò di essere felice. A questo punto tendono tutti i suoi desideri e le sue aspirazioni, essendo questo lo scopo ultimo cui portano tutte le sue imprese. Persino in casi dove le azioni di un

uomo sembrano essere contrarie a questo fine, noi troveremo sempre, dopo più accurate indagini, che un tale uomo è stato sviato da erronei concetti intorno a ciò che riguarda la sua felicità, e che egli ha creduto di raggiungere il suo benessere proprio mercè quel comportamento che lo ha gettato in rovina.

Secondo il concetto che noi abbiamo da farci di Dio come del Creatore del nostro essere e della nostra natura, noi dobbiamo necessariamente ammettere che la più Alta Bontà, instillando nei nostri petti questo indefesso stimolo alla felicità, ci ha dato nello stesso tempo le forze ed i mezzi, mercè la loro savia applicazione, di poterlo appagare.

Noi possiamo quindi sicuramente affermare che ogni uomo è autorizzato dalla natura a fare tutto ciò che mantiene e promuove la sua felicità, così come è obbligato a tralasciare ciò che impedisce o turba questa felicità.

Noi vogliamo ora istruirci su ciò che propriamente appartiene alla felicità dell'uomo e per questo fine noi dobbiamo allora prestare attenzione alla qualità della sua natura per cui egli risulta composto di un corpo organizzato e di uno spirito ragionevole. Nella sua anima noi scopriamo: ragione, libertà del volere ed una quantità di diverse altre capacità. In grazia della sua ragione egli è in grado di concepire idee, di acquistare conoscenze, di trovare la verità, di fare scoperte nel regno della Natura e di meditare su di sè, sulle sue azioni e sulle sue conseguenze.

In grazia della libertà del suo volere egli è capace di determinarsi nelle sue azioni secondo ragionevoli motivi, di desiderare ciò che il giudizio ha riconosciuto buono, e di aborrire ciò che questo rigetta come dannoso e cattivo. Anzi, quanto più chiaro è il suo giudizio, quanto più larghe sono le sue cognizioni e la sua penetrazione, quanto più esatta e libera la sua capacità di desiderare, e quanto più codesta è sottoposta all'influsso della ragione; tanto più l'uomo si avvicina al grande || fine della sua esistenza cioè della sua felicità.

P 455

Parimenti noi troviamo che il corpo dell'uomo è corredato da una quantità di organi e di membra che egli può usare come strumenti della sua anima; nonchè da una quantità di forze che egli può applicare per acquistare ed assicurarsi il possesso dei beni del mondo esterno. Quanto più questi organi e queste membra si trovano in stato di eseguire e porre in effetto ciò per cui la natura le ha determinate, tanto più facilmente quindi l'anima può servirsi di questi strumenti, tanto più pienamente tutto concorda nell'uomo per il raggiungimento del suo ultimo fine, la sua felicità.

Noi troviamo altresì che Natura ha sparpagliato intorno a noi una abbondanza di beni fisici, il cui possesso noi ci possiamo procacciare mercè l'applicazione delle nostre facoltà e delle nostre forze che ci aiutano, in parte, a mantenere la nostra esistenza, in parte, a fare la stessa più felice e più comoda.

Noi notiamo infine che l'uomo non è destinato dalla natura a vivere isolato nel mondo, e senza ogni legame con gli altri; che egli ha una quantità di bisogni che possono essere soddisfatti solamente mercè tali legami; che in lui opera un forte impulso alla sociabilità; e che appartiene quindi alla sua felicità di vivere in rapporti sociali.

L'uomo ha conseguentemente un diritto naturale di conservare la sua esistenza, perchè ciò è la condizione sotto la quale egli può godere tutti i suoi restanti beni; egli ha anche diritto di illuminare il suo giudizio, di cercare la Verità e di aumentare il patrimonio delle sue idee e delle sue conoscenze; egli ha il diritto infine di affermare la libertà del suo volere e di determinarsi nelle sue decisioni e nelle sue azioni solamente in virtù della penetrazione del suo giudizio e non per via dal suo cieco impulso od in conseguenza di esterna coazione. Egli ha il diritto altresì di occuparsi della conservazione e della sanità del suo corpo, di esercitare le membra e le forze dello stesso, e con ciò di rinvigorire e di migliorare. Egli ha il diritto, mercè l'applicazione delle forze del suo spirito e del suo corpo, di appropriarsi di ogni specie di beni che sono al di fuori di lui, mantenendosi poi nel possesso degli stessi. Per ultimo ha il diritto di entrare in società, ed unito con altri uomini, di lavorare all'agevolamento della sua felicità morale e fisica.

Da questi diritti sorgono doveri in forza dei quali nasce nell'uomo, da un lato, l'obbligo di curarsi per il mantenimento ed il perfezionamento di questi beni, dall'altro, in quei casi in cui gli fosse impossibile di conseguirli tutti quanti ed ognuno in uguale misura, di determinare le eccezioni e la preferenza che egli in tal caso deve dare all'un bene prima che all'altro, secondo regole, || che la ragione deve dedurre dal diverso valore di questi beni e dal maggiore o minor grado nel quale ognuno degli stessi può contribuire al complesso della nostra felicità. p 456

Tutto ciò, grazioso Signore, costituisce nello stesso tempo le linee esterne dell'ampio campo della filosofia pratica, che deve insegnare all'uomo l'ambito dei suoi diritti e dei suoi doveri. Per il nostro attuale intendimento non è necessario che noi ci indugiamo più ampiamente nelle diverse singole provincie di questo dominio, perchè solamente una delle stesse deve occupare ancora la nostra attenzione per qualche momento, e questa è la provincia del diritto naturale.

L'oggetto di questa scienza è costituito dai diritti naturali dell'uomo nei confronti degli altri e fra codesti solamente quei diritti che egli è autorizzato ad esercitare all'occorrenza con la forza e con la coercizione.

Poichè, come noi abbiamo visto, ogni uomo ha per natura un diritto di cercare e di procurare la propria felicità, ciò non può diversamente accadere che mantenendosi in possesso dei beni in parte acquistati, in parte innati, ed aumentando la somma degli stessi mercè la applicazione delle forze e delle capacità che egli possiede. L'uomo è così pienamente autorizzato non solo ad opporsi colla violenza a chi vuole strappargli questi beni o vuole impedirlo nel libero uso delle sue forze per l'aumento degli stessi, ma anche ad opporsi a chi lo ostacola di proteggersi colla violenza e di prevenire le imminenti e ripetute offese mediante mezzi tali, che egli ritiene i più appropriati per porre il suo offensore nella impossibilità di compiere tali azioni antigiuridiche.

Fin qui dunque si estende il diritto di coercizione (‹ das Zwangsrecht ›) dell'uomo nello stato di natura. Egli può, in caso di bisogno, impedire colla forza che un altro

nulla gli sottragga del suo; egli può, se un simile compenso non ha più luogo, esigere il risarcimento dall'offensore.

Questo diritto è ad ogni modo di grande ampiezza, se noi consideriamo che al ‹ Sein › di ogni uomo non solamente appartengono le sue capacità, forze e restanti beni, ma anche quei beni che, mediante l'uso di queste capacità e di queste forze, mercè i benefizi della natura, mediante accordi cogli altri uomini, anzi persino mediante un caso fortunato sono diventati suoi. Tutti questi beni e la sua libertà di procacciarsene degli altri, egli può difendere colla applicazione di tutte le sue forze.

p 457 Questi diritti di coercizione hanno anche i loro limiti naturali. Ogni uomo || è autorizzato ad affermarsi nel possesso e nel godimento del proprio colla forza. Ogni uomo è quindi obbligato a non offendere alcuno, ma piuttosto di lasciare ad ognuno il suo. Da ciò segue parimente che nello stato di natura nessun uomo ha il diritto di costringere altri contro sua volontà a contribuire in qual che sia modo alla propria (cioè del prepotente) felicità, che a questo scopo qualcosa ceda del suo o lo sacrifichi per aumentare il suo bene. Quindi, poichè nello stato di natura l'uso che uno vuol fare delle sue capacità, forze e restanti beni, sin tanto che questo uso non si snatura in offesa per terzi, dipende soltanto dai propri punti di vista e dalle proprie decisioni; poichè questa libertà del volere appartiene ai beni squisitamente innati, nel cui possesso ognuno è autorizzato ad affermarsi anche colla forza; così quegli che volesse costringere altri ad accomodare le sue azioni alla felicità del prepotente si farebbe responsabile di una violenza contro la libertà dello stesso e gli darebbe il diritto di opporsi colla violenza a questa usurpazione: vi sarebbe quindi una contraddizione tra diritto e diritto, contraddizione che è immaginabile sia nella natura morale, sia in quella fisica.

Qui comincia quindi il terreno della morale. Ad essa spetta di educare gli uomini e di insegnare loro in quale naturale ed inseparabile collegamento stia il benessere di ogni singolo individuo col bene e la felicità del suo vicino; essa insegna quindi che solo pochi, nobili, magnanimi e benevoli sentimenti sono conformi alla natura ed alla dignità del nostro spirito immortale; che noi solamente mercè tali sentimenti e mercè l'esercizio fattivo degli stessi, possiamo procacciare quella benevolenza e quella affezione degli altri, che ci sono tanto indispensabili; che noi solamente facendo gli altri che ci stanno vicini felici e contenti, possiamo soddisfare le benevole inclinazioni che il Creatore ha posto in noi; che solamente questo appagamento è il mezzo di creare nel nostro cuore una serena contentezza, la quale alla fin fine pesa di più di tutti gli altri beni coi quali la natura od il caso ci hanno beneficato; che, in una parola, solamente la pratica virtù può farci veramente felici; che noi quindi se vogliamo veramente procurarci la felicità vera, dobbiamo non solo fare felici per quanto sta in noi anche coloro che ci stanno d'attorno ma anche che noi alle volte dobbiamo sacrificare a questo, che è il più nobile dei nostri impulsi cioè la benevolenza, una parte dei nostri restanti beni, se il loro ulteriore possesso non può con essi coesistere. Per vero, dove la morale filosofica ci abbandona, la Religione prende p 458 la nostra mano || e ci guida più vicino al fine della nostra destinazione eterna, ci fa

Grundsätze des Natur- und allgemeinen Staatsrechts.

I.

Die Bestimmung des Menschen, der Zweck seines Daseyns ist: Glückseligkeit.

II.

Zur Glückseligkeit des Menschen gehört 1) die Erhaltung und Vollkommenheit der angebohrnen Fähigkeiten seines Geistes, [illegible] Kräfte seines Körpers; 2) die Anwendung und der Genuß der verschiedenen Güter außer ihm, durch welche sein Daseyn erhalten od. sicher und angenehmer gemacht werden kann.

III

Die angebohrnen und erworbenen Güter eines Menschen zusammen genommen bilden: das Seinige desselben.

IV.

Zu dem Seinigen eines jeden Menschen gehört besonders auch die Freyheit, seine Fähigkeiten und Kräfte zur Beförderung seiner [illegible] Glückseligkeit nach eigener Einsicht und Überzeugung anzuwenden.

V.

Der Mensch ist vermöge seiner Bestimmung berechtigt, alles zu thun, was seine Glückseligkeit befördert.

VI.

Er ist verpflichtet 1) die ihm dargebothenen Mittel zur Glückseligkeit gehörig anzuwenden; 2) wenn er von den verschiedenen Arten der Güter, nicht alle zugleich erwerben od. erhalten kann, das größere Gut, dem geringeren, nach einer richtigen Schätzung vorzuziehen.

VII.

Die Pflichten des Menschen gegen andere außer ihm sind:

1. Zwangspflichten, zu deren Erfüllung er, nöthigen Falls, mit Gewalt angehalten werden kann;
2. Pflichten des Wohlwollens od. moralische Pflichten.

VIII.

Die Zwangspflichten des Menschen sind der Gegenstand des Natur-Rechts; die Pflichten des Wohlwollens lehrt die Moral.

IX.

Alle Zwangspflichten der Menschen beruhen auf dem Grundsatze: einander zu beleidigen, sondern einem jeden das Seine zu lassen.

X.

Im Stande der Natur hat jeder Mensch ein vollkommenes Recht, den andern zur Erfüllung dieser Pflichten durch Gewalt zu zwingen; sich gegen Beleidigungen mit Gewalt zu vertheidigen; das was ihm von dem Seinen wider seinen Willen entzogen worden, zurück zu fordern; und wenn die Rückgabe nicht mehr statt finden kann, den Beleidiger zum Schadenersatze zu zwingen. Das Recht der Selbstvertheidigung.

XI.

Die Pflichten des Wohlwollens verbinden den Menschen, zur Beförderung der Glückseligkeit anderer thätig beyzutragen.

Prima pagina del Sommario (Grundriss) dei *Vorträge* di Svarez.

dare uno sguardo su questo fine al di qua della tomba e ci convince ancor più efficacemente che solamente la cultura ed il perfezionamento del nostro spirito immortale è il fine del fatto per cui noi siamo qui, e che noi dobbiamo sacrificare tutti gli altri beni e persino la nostra terrena esistenza all'adempimento di questo nostro altissimo fine.

Morale e Religione ci impongono quindi una quantità di doveri anche nei confronti degli altri uomini e legano la nostra felicità alla fedele e coscienziosa osservanza degli stessi. Questi doveri tuttavia non sono coattivi perchè non danno alcun diritto agli altri di esigerne colla violenza l'adempimento da parte nostra. La nostra naturale libertà non viene soppressa da queste leggi morali; quindi noi veniamo per via di ciò obbligati solamente fino al punto in cui il nostro giudizio si trova convinto che essi sono necessari e giovevoli alla nostra felicità.

La nostra propria perspicacia e convinzione sono quindi a questo riguardo i nostri soli giudici. Nessuno al di fuori di noi può arrogarsi un giudizio su ciò, sino a qual punto, cioè, noi, per amore della nostra felicità, dobbiamo procurare il bene degli altri. La virtù, per sua natura, non sopporta costrizioni. Io, nello stato di natura posso solamente venire costretto ad osservare i doveri della giustizia, cioè di non offendere nessuno e di dare ad ognuno il suo. Nessuno, però, mi può costringere ad agire benevolmente e con magnanimità perchè queste virtù cesserebbero di essere virtù se dovessero venire considerate non già come frutto della propria perspicacia e della libera determinazione, ma solo conseguenze della coercizione e della prepotenza.

In questa breve esposizione dell'ambito dei diritti e dei doveri naturali è compreso pure il giusto intendimento della massima tanto predicata ai giorni nostri, ma così spesso incompresa, che tutti gli uomini siano naturalmente uguali. Ogni uomo, cioè, è per natura autorizzato a fare tutto ciò che promuove e conserva la sua felicità; egli ha la più perfetta libertà di perfezionare le forze del suo corpo e le capacità del suo spirito, di esercitare queste ultime e mercè l'uso delle stesse di aumentare costantemente la somma dei suoi beni fisici e morali; egli è autorizzato ad opporsi colla violenza a chi vuole disturbarlo nel possesso e nell'uso del suo; la sua libertà è limitata solamente dalla legge di non fare danno agli altri, ed ad ognuno di dare il suo. In tutti gli altri campi egli sta solamente sotto il dominio della sua propria ragione. Questa è la sua sola legislatrice e nessuno può costringerlo ad azioni che la sua ‹ Einsicht › ed il suo convincimento non gli prescrivono || come necessari od utili per la sua propria felicità. p 459

In questo senso è una grande ed eterna verità che tutti gli uomini nello stato di natura sono uguali l'uno all'altro, per quanto, del resto, già in questo stato dalla maggiore o minore quantità di talenti, di capacità e di forze, di innati e di acquisiti beni, possano esistere fra di loro una infinita quantità di gradini e di differenze.

È pensabile che in questa condizione di naturale uguaglianza, una società, anzi tutto un popolo, possa raggiungere un alto vertice di felicità. Se tutti i membri di una tale società osservano i doveri della naturale giustizia; se nessuno offende gli

altri e non li disturba nel godimento del suo; se le leggi della morale e della Religione illuminano il giudizio di ognuno in uguale misura, ed incontrano nella volontà di ognuno la buona disposizione di seguirle; una siffatta società si troverebbe senz'altro molto bene nella sua naturale uguaglianza ed indipendenza, e non avrebbe il minimo motivo di assoggettarsi ad una ‹ Obergewalt ›, di tramutarsi in Stato, e, per via di ciò, di sacrificare una parte della sua naturale libertà.

Purtroppo, però, natura e storia ci insegnano che questo quadro è « ein blosses Ideal », che in realtà non è mai esistito, e che non può esistere.

Noi troviamo che l'uomo nello stato di natura, per via del collegamento necessario al nostro stato di qui, del suo spirito e del suo corpo, e per via della organizzazione della nostra natura secondo la quale riceviamo la maggior parte delle cognizioni e delle impressioni solamente a mezzo dei sensi, è estremamente limitato nella sua capacità di penetrazione spirituale; che sensibilità e passionalità troppo di frequente prevalgono sopra le più nobili forze dello spirito; che questo prevalere spesso è di ostacolo alla formazione del giudizio; che esso opprime la libertà del suo patrimonio di desideri di determinarsi secondo motivi ragionevoli; che quindi l'uomo molto spesso prende abbagli sulla sua felicità; che egli è inclinato non solo ad anteporre l'appagamento del suo impulso semplicemente sensuale ed animale, la soddisfazione delle passioni violente e disordinate, ai più elevati beni i quali formano la sua finale destinazione; ma altresì a considerarsi come il centro di tutta la Creazione ed a riguardare gli altri come semplici mezzi e strumenti per la soddisfazione dei suoi desideri, ond'è che è spinto a lasciare loro i beni naturali ed acquistati sin tanto che essi hanno la forza di difendersi contro di lui nel possesso degli stessi.

p 460 Poichè, ora, oltre a ciò || accadono di frequente casi in cui ciò che un uomo si è fissato come fine dei suoi desideri e delle sue pretese, è nello stesso tempo oggetto delle pretese e dei desideri di un altro; poichè in stato di natura ogni uomo, come noi sopra abbiamo già osservato, è giudice di se stesso e di conseguenza la decisione sul quesito chi debba seguire l'altro nella ricerca di un bene della stessa specie che ambedue non potrebbero possedere contemporaneamente, dipende dalla perspicacia e dalla convinzione di ognuno; così è facile da dedurre, che, in una simile situazione, non potrebbe aversi alcuna sicurezza nell'uso e nel possesso dei beni naturali ed acquisiti, nessuna vera libertà nell'uso delle proprie forze e capacità, e conseguentemente anche alcuna vera felicità per il genere umano.

In un simile stato di cose, la forza varrà piuttosto come diritto. Ognuno che non conosca le leggi della morale e della religione, ovvero che ha rigettato il giogo delle stesse si riterrà autorizzato a disporre a piacimento sulla persona, sulle forze, sulla proprietà e persino sulla vita dell'altro, non appena lo richieda la soddisfazione dei suoi desideri ed egli sentirà in sè abbastanza forze per vincere la resistenza altrui colla violenza.

Egli, qualora gli manchino le forze, si unirà agli altri per derubare il terzo: sorgeranno poi difficoltà per la divisione della refurtiva, nelle quali saranno di nuovo giudici la spada e la forza.

L'aggredito si unirà con altri per la comune difesa. Se a lui viene fatto di respingere l'aggressore e di vincerlo, allora vendetta, collera e cupidigia lo strapperanno fuori dai limiti della autodifesa, ed il derubato si trasformerà in rapinatore. In questa maniera alla fine lo stato del genere umano degenererà in una guerra di tutti contro tutti così come tutte le forme di società e di convivenza umana degenereranno in bande di malandrini.

Cultura dello spirito, ingentilimento delle forze dello stesso, perfezionamento dei sentimenti di benevolenza potrebbero difficilmente prosperare in un tale stato di perpetua insicurezza, dove ogni applicazione del corpo e dello spirito dovrebbe essere diretto solamente alla difesa della vita e dei beni contro gli attacchi ingiusti degli altri. Il genere umano precipiterà quindi, dato un tale stato di cose, dagli alti gradini sui quali il suo Creatore infinitamente buono lo ha posto, nel campo dello spirito, sino alla classe delle bestie feroci, ed il fine per cui è su questa terra, la sua felicità fisica e morale, sin tanto che egli persisterà in questo stato di cose, dovrà rimanere irrangiungibile.

Con questo triste quadro dello stato naturale di cose in cui si troverebbe || abbandonato a se stesso il genere umano, concordano persino troppo precisamente le tradizioni storiche. I documenti più antichi come la Bibbia, descrivono a noi gli uomini prima di quella memorabile inondazione, come creature che si abbandonavano ai loro desideri materiali, che non conoscevano nè osservavano alcuna legge ed alcuna norma e che facevano necessaria, per via dell'eccesso della loro depravazione morale, la loro completa distruzione sulla terra. Ancora molti secoli dopo questo grande avvenimento naturale noi troviamo il genere umano diviso in molte famiglie, tribù ed orde che si facevano l'un l'altro costantemente guerra, e che non conoscevano alcun'altra legge che la forza, alcun'altra felicità che quella la quale derivava a loro dal fatto che un'orda poteva opprimere o saccheggiare le altre, fare schiavi i loro figli, ed appropriarsi i tesori delle stesse, tesori consistenti solamente, a dire il vero, nei frutti dei campi e nelle case. p 461

Le notizie degli scrittori profani concordano completamente con tutto ciò, perchè essi, per esempio, ci descrivono i primi abitatori della Grecia, in progresso di tempo diventata così famosa per la cultura, come uomini che vivevano in caverne e boschi, che si nutrivano di erbe e di radici, di pescagione e di altri prodotti naturali grezzi, che erano impegnati in continue guerre tra di loro o che, coi loro fratelli, combattevano le fiere...

1. Storia degli uomini prima del diluvio.

2. Dopo il diluvio sino al tempo di Abramo.

3. Storia dell'antica Grecia.

4. Storia dei popoli nei paesi nuovi dell'emisfero meridionale, Nuova Zelanda, Otaheite.

5. Storia della Germania al tempo del Grande Interregno, alla fine del 12, ed all'inizio del 13 secolo.

Così la storia di tutte le Nazioni e di tutti i tempi concorda su di ciò, nell'insegnarci, cioè, che lo stato della naturale libertà ed indipendenza non è tra quelli nei quali il genere umano può raggiungere la felicità come fine della sua esistenza, e che quindi gli uomini per avvicinarsi a questo fine hanno dovuto necessariamente unirsi in quelle grandi società civili poste sotto una comune ‹ Obergewalt ›, che noi chiamiamo Stati.

Sul modo col quale queste unioni sono veramente sorte e su che si fondi il rapporto tra sudditi e principe, io avrò il piacere di intrattenere nelle prossime ore la Vostra Altezza Reale. || p 462

Alle questioni così importanti:

1. come sono sorte le associazioni statuali e su che si fondano?
2. rapporti tra Principi e sudditi
3. è stata data diversa risposta a seconda i tempi.

a) Per il passato era moda che il teologo spiegasse tutto ciò che era degno di scienza, colla Bibbia, ed il giurista colle Pandette ond'è che si ammetteva che « die Gewalt der Regenten unmittelbar von Gott komme » e che i sudditi dovessero ubbidirgli per amor di Dio. Da questa opinione deriva anche l'uso per cui tutti i nostri Principi regnanti scrivono nei loro titoli « von Gottes Gnaden ». In questa maniera, veramente, il problema sarebbe troppo facilmente e semplicemente risolto; ma è peccato che non si possa ugualmente in base alla storia documentare la immediata creazione divina dei governi. L'unico caso di questa specie che noi conosciamo meritevole di essere ricordato, appare nella storia del popolo ebraico, il cui primo Re Saul, come insegna la Bibbia, venne immediatamente posto da Dio. Ma la Bibbia ci dice anche che Dio dette al suo popolo questo Re essendo indignato, e noi abbiamo riportato dunque l'autorità ed il potere dei nostri principi ad una origine di questa specie!

Inoltre noi troviamo più innanzi nella storia profana diversi Stati i cui primi principi si sono gloriati di una immediata sanzione divina. È la storia, questa, del primo Re franco Clodoveo all'inizio del sesto secolo, per la cui unzione in Reims si dice che, lo Spirito Santo, in forma di una colomba, abbia adoperato un'ampolla d'olio portata dal Cielo, ampolla che ancor oggi viene usata per ungere il re di Francia.

b) maggiore verosimiglianza ha la opinione di coloro i quali deducono la prima origine del potere regio ed in genere di ogni ‹ Obergewalt › nello Stato dal così detto diritto del più forte. Questa opinione sembra veramente volere favorire la storia, poichè noi troviamo che i fondatori della maggior parte degli Stati, del cui primo sorgere abbiamo notizia, sono stati Eroi e Conquistatori, i quali originariamente erano solamente capi di una orda o di una famiglia, che essi allenarono alla guerra e colla cui assistenza anzitutto assoggettarono le orde abitanti più vicino e poi un poco alla volta quelle più lontane, sinchè la loro conquista raggiunse una tale ampiezza da trasformarsi in un regno od in uno Stato.

A capo dei difensori di questa opinione stanno l'inglese Hobbes e particolarmente il famigerato Machiavelli i cui scritti da lungo tempo in qua sono stati il manuale dei Re e dei loro ministri, sino || a che il glorioso autore dell'Antimachiavelli, Federico II, ha contraddetto nel modo più completo il suo pericoloso sistema prima colla penna e quindi con 46 anni di regno. In realtà l'opinione che il diritto dei principi si fondi solo sul diritto del più forte è altrettanto falsa quanto pericolosa. La forza non può mai dare un vero diritto, altrimenti i leoni sarebbero autorizzati a dominare gli uomini, perchè essi, a parità di condizioni, sarebbero i più forti. Particolarmente nei tempi moderni, poi, sarebbe molto pregiudizievole ai Re ed ai condottieri di popoli volersi fondare solamente sul potere e sulla forza. p 463

Potrebbe d'altro canto verificarsi il caso — che noi ai nostri giorni abbiamo realmente veduto — che il popolo o la plebe si senta più forte che il Re: allora, secondo quel principio, dovremmo concedere che il popolo sia autorizzato a deporre a suo piacimento il Re ovvero a cacciarlo ed a scegliersi una nuova forma di governo a suo arbitrio.

Nei tempi più antichi, è vero che i primi fondatori di regni sono stati spesso fortunati usurpatori, ma ciò che all'inizio era solamente usurpazione è diventato, mercè una sopraggiunta sanzione, intervenuta ai loro tempi od in quelli dei successori, un vero diritto.

Questa sanzione è:

c) la stessa che noi chiamiamo contratto sociale. Secondo questo sistema i rapporti statuali, nonchè quelli esistenti negli Stati fra sudditi e principi, vengono fondati mercè reciproco consenso.

Il principe per via di esso si assume l'impegno di governare il popolo secondo le leggi e secondo il fine delle civili società in esso determinate, di cui noi più particolarmente parleremo; ed i sudditi promettono solennemente di ubbidirgli e di prestare ubbidienza ai suoi ordini in tutti gli affari riguardanti il pubblico bene. Simili accordi a dir la verità in pochissimi casi sono stati posti per iscritto, ma essi vengono tacitamente od espressamente conclusi. A questi appartengono:

1. l'omaggio al cambiamento di regno;
2. il giuramento di vassalli, cittadini, ufficiali etc.;
3. il fatto di stabilirsi in uno Stato, il che racchiude la tacita sottomissione alle leggi ed alle costituzioni dello stesso.

Dopo che noi ora in questo modo abbiamo accertato il fondamento dei rapporti statuali sul quale riposano diritti ed obblighi tra principe e sudditi, || la prossima ricerca, che occuperà la attenzione di Vostra Altezza Reale, riguarda il fine di questa associazione, per il cui raggiungimento gli uomini si impegnano. p 464

Generalmente preso, questo fine, non può essere altro che quello della ricerca della felicità comune. È però necessario che noi analizziamo questo fine un poco più profondamente allo scopo di trarne le necessarie conseguenze. Vostra Maestà

Reale si compiacerà di ricordare che noi sopra abbiamo attribuito all'uomo il diritto naturale di difendersi colla violenza contro tutte le offese e le molestie nel possesso e nell'uso dei suoi beni acquisiti ed innati; che noi però abbiamo anche trovato come questo diritto della autodifesa sia insufficiente ad assicurare all'uomo protezione e sicurezza per la sua persona e la sua proprietà. Orbene, poichè l'uomo è passato dallo stato di natura a quello di Stato soprattutto per sfuggire a questa eterna insicurezza e per porre fine alla guerra distruggitrice di tutti contro tutti, consegue che il primo e più alto fine dello Stato è:

a) che ogni membro dello stesso debba godere per la sua persona ed il suo patrimonio della maggiore sicurezza contro gli attacchi violenti e le molestie degli altri.

Questo è il più alto ed immediato fine di tutte le ‹ Staatsverbindungen › al cui raggiungimento convergono tutti gli istituti e le organizzazioni, ed al quale devono essere sotto ordinati tutti gli altri fini collaterali eventuali.

Questi fini sottordinati possono essere di diversa specie, ma alcuni di essi meritano qui di essere esaminati più particolarmente.

Se lo Stato deve proteggere ognuno nel suo, deve essere deciso allora cosa ognuno deve potere dire che è il s u o . L'uomo può appropriarsi in altre parole degli svariati beni e prodotti della Natura che non sono ancora in possesso di altri, questo o quello che egli trova giovevole a sè. Egli può, mediante contratti con altri, procacciarsi certi diritti sulle azioni e sulle forze di costoro. Tutto quanto egli così si è acquistato appartiene a ciò che è suo, in riguardo al quale egli deve venire protetto contro le usurpazioni di altri. Di dove però si vede, da che si riconosce che questa o quella cosa veramente è passata in possesso esclusivo od in proprietà di qualcuno; che questo o quel diritto realmente è stato acquistato nei confronti dei terzi mediante un contratto con essi concluso? In taluni casi queste determinazioni si hanno con sufficiente certezza. Così, per esempio, nessuno dubiterà || che la mela che io ho colto dai miei alberi e tengo nelle mie mani sia mia. Ma in molti più numerosi casi i contrassegni e le notazioni della proprietà acquistata non sono tanto chiari ed univoci. Se, per esempio, un uomo ha per primo dissodato dagli alberi e dalle radici un deserto e lo ha posto in grado di venir messo in cultura, ma un altro lo ha veramente coltivato e ha seminato dopo averlo arato, così può veramente dubitarsi quale di questi due uomini abbia acquistato la proprietà. Parimenti se taluno ha promesso di cedere qualcosa del suo, il punto sta nel vedere se questa promessa sia stata fatta in modo che l'altro possa vantare un vero e proprio diritto. È quindi necessario per la completa assicurazione della proprietà e dei diritti di ognuno, che, mediante un accordo universale tra tutti i membri della società civile, vengano stabiliti alcuni certi ed evidenti contrassegni, dai quali appaia chiaro all'istante ciò che appartiene ad ognuno così che ognuno possa essere protetto contro le altrui usurpazioni in rapporto allo stesso. La determinazione di tali contrassegni della proprietà e dei diritti universalmente da rispettarsi è quindi uno dei più importanti compiti secondari di ogni associazione statuale.

p 465

Un fine non meno rilevante è la determinazione di regole fisse ed universalmente valevoli per i casi di conflitto che così di frequente accadono tra gli uomini. Vostra Maestà Reale si degnerà di ricordare che nello stato di natura ogni uomo è giudice di se stesso e che solamente secondo il proprio convincimento ed il proprio punto di vista deve giudicare dove egli debba cercare la felicità sua e quale mezzo debba impiegare per raggiungerla. Il caso, come parimenti venne osservato, può sorgere di frequente: può darsi, cioè, che un bene postosi da un uomo come fine, divenga anche oggetto dei desideri e delle aspirazioni di un altro, e che quindi, poichè ambedue nello stesso tempo non lo posseggono pur volendolo però acquistare, uno debba cedere all'altro. Per decidere il punto quale dei due debba cedere all'altro, esistono principii e regole dedotte dalla natura della cosa, nonchè dalla diversa specie di beni e dal grado di felicità che può essere raggiunto dall'uno o dall'altro dei contendenti. Così, per esempio, salta agli occhi che, se una certa provvisione di viveri che non è in proprietà di alcuno è desiderata da taluno onde sovvenire alla sua fame, mentre l'altro lo ricerca solo per avere una sovrabbondanza, quest'ultimo, secondo le regole della morale, è obbligato a cedere al primo. Da un lato, però, queste regole non sono sempre così chiare e così evidenti come nel caso testè ricordato. D'altro canto nello stato di natura manca ogni giudice imparziale, che applichi giustamente le regole esistenti ad ogni caso che capita. È quindi un importante fine vitale della associazione statuale:

b) di determinare regole universalmente valide per la decisione delle liti e delle controversie, che accadono tra i membri dello Stato, e di trasferire al potere supremo (‹ Obergewalt ›) dello Stato la applicazione di queste regole nei casi che realmente si verificano.

Senonchè uno scopo molto importante della associazione statuale deve attrarre su di sè la sua attenzione. Noi abbiamo, cioè, sopra osservato: che l'uomo nello stato di natura ha il diritto di conservare e procurare la sua felicità mercè l'uso delle sue forze e delle sue capacità sintanto che egli non disturba o danneggi altri nel suo; che egli dalla natura non è autorizzato a costringere altri a cooperare con lui per il procacciamento della propria felicità. Parimenti è certo che l'uomo non può da solo, cioè senza l'aiuto altrui, soddisfare le sue necessità; ancora più raramente egli può venire in grado, mercè il perfezionamento delle sue forze e delle sue capacità nonchè mercè la giusta applicazione delle stesse, di pervenire ad un mediocre grado di felicità. I motivi per cui la morale esorta gli uomini ad aiutarsi vicendevolmente e, col benevolo reciproco appoggio, di raggiungere la felicità, presuppongono, se essi devono essere operanti, un giudizio illuminato ed un cuore libero di passioni. Queste qualità si ritrovano nello stato di natura solo in pochi uomini. È quindi facile da capire che nello stato di natura, facendo difetto un siffatto mutuo appoggio, il genere umano rimarrebbe sempre ad un gradino molto basso di benessere e di felicità. Poichè ora gli uomini sono entrati in società statuale non solamente per conservare la condizione nella quale la natura li ha posti, ma anche per abbandonare la stessa, così è uno dei più importanti fini di detta società:

c) che le forze e le capacità di tutti per il reciproco promovimento della felicità di ogni singolo, devono venire applicate in misura che possano usarsi senza che venga p 467 impedito ad alcuno || il libero uso di queste sue forze e di queste sue capacità per l'agevolamento della propria felicità; che debbano venire trovati istituti per via dei quali venga facilitato ad ognuno il maggior perfezionamento delle sue capacità e delle sue forze secondo le sue condizioni e la sua situazione; che ad ognuno debba venire data la possibilità di applicare queste sue proprie forze e capacità a vantaggio suo e senza offesa per gli altri.

Da questa evoluzione dei fini di ogni associazione statuale si possono derivare senza fatica la natura ed i fini della stessa.

Gli uomini si sono uniti in civile società per il conseguimento di questi diversi scopi. Essi hanno ad uno od a più fra di loro affidato l'incarico, mercè le leggi come espressione del comune volere, di determinare i mezzi per il raggiungimento di questi fini; essi hanno affidato a questa ‹ Obergewalt › nello Stato il potere di disposizione sopra le loro forze comuni per il mantenimento di queste leggi e di queste disposizioni; la ‹ Obergewalt › nello Stato è, per così dire, il ‹ Verwahrer ›, il depositario del comune volere e delle forze comuni di tutta la società. Ogni singolo membro è quindi obbligato ad assoggettare le sue azioni alle leggi dettate dalla legittima autorità nello Stato, come espressione del comune volere; ognuno deve applicare le sue forze secondo le disposizioni di questa ‹ Obergewalt › per il promovimento del comune scopo finale.

Parimenti da ciò appaiono evidenti i confini del diritto di ogni ‹ Obergewalt ›. Essa, cioè, non può andare oltre quanto è conforme al fine dello Stato ed è necessario al conseguimento di questo. Gli uomini sono entrati nella società statuale al fine di conservare e promuovere la comune felicità. Essi perciò hanno voluto sacrificare della loro naturale libertà tanto solamente, quanto doveva essere necessario per raggiungere questi fini della loro unione. Il principe, perciò, non è autorizzato a fare alcunchè che sia contrario a questo fine comune. Tutte le sue azioni ed intraprese devono piuttosto mirare alla conservazione ed al promovimento del bene comune dei suoi sudditi. Egli non deve mai adoperare le forze comuni a lui affidate allo scopo di soddisfare le sue passioni personali od il suo privato interesse, ovvero di promuovere il bene di una parte dei suoi sudditi a spese della felicità dei rimanenti. Egli deve limitare la libertà dei suoi singoli sudditi solamente tanto, quanto p 468 è necessario per proteggere e tenere in piedi la sicurezza e la libertà di tutti. || In tutti gli altri rapporti egli deve lasciare la loro naturale libertà ai sudditi nel perfezionamento e nella applicazione delle loro capacità e delle loro forze, nell'uso dei loro beni acquisiti ed innati, e non impedire ad alcuno di promuovere la sua felicità secondo il migliore proprio modo di vedere ed il suo convincimento, fintanto che, per via di ciò, la sicurezza collettiva non venga distrutta o messa in pericolo. Egli deve infine esercitare il suo potere solamente secondo le leggi comuni esistenti, perchè solamente queste sono giudizi del comune volere, e perchè se egli volesse formare leggi

particolari per ogni singolo caso a suo arbitrio, uno dei compiti principali dello Stato e cioè la sicura stabilità della proprietà e del diritto verrebbe ferita.

Se oltrepassa questi confini il principe infrange il contratto civile e rovina il fondamento sul quale riposa sostanzialmente il suo diritto di comandare ed il dovere dei suoi sudditi di ubbidirgli. Io non posso chiudere meglio questo generale prospetto dei diritti e dei doveri di un principe che mediante la citazione di un passo delle immortali opere di Federico II. Nella sua dissertazione sulle diverse forme di governo egli si serve di queste memorabili espressioni: « Si tenga ben fermo e si ricordi che il tenere in piedi le leggi era l'unico motivo che poteva indurre gli uomini ad assogettarsi ad un ‹ Oberherr ›. Questa infatti è la vera origine di tutti i diritti di sovranità. "Der beherrscher war der erste Diener des Staates" ». Ed in un altro passo: « Il principe deve spesso ricordarsi che egli è solamente il primo servitore dello Stato, al quale incombe l'obbligo di agire saviamente, onestamente e disinteressatamente, cioè come se egli in ogni momento dovesse rendere conto ai suoi cittadini della sua amministrazione ». Voglia Vostra Altezza Reale compiacersi di dedicare una vigile attenzione a questa trattazione insuperabile or ora citata, che si trova nella sesta parte delle opere postume.

2.

|| Vostra Altezza Reale si è sin qui interessata dello svolgimento delle questioni: come gli Stati sono sorti; quale è il fine dello Stato e quali principi generali possano venire dedotti da questo fine statuale intorno ai diritti ed ai doveri tra sudditi e principi. p 469

Il prossimo oggetto della Sua attenzione saranno ormai le forme di governo che possono aversi in uno Stato. Si tratterà di delineare giusti concetti delle specie diverse di questi e di ricercare i difetti e i pregi di ognuna. Questo ci porterà a parlare della forma di Stato in Prussia e ci darà la occasione di trattare più particolareggiatamente i diversi diritti di un monarca prussiano, ma anche i doveri con essi collegati.

La forza di qualsiasi ‹ Obergewalt › in ogni Stato comprende in sè principalmente tre parti:

a) Il diritto di emanare precetti generali secondo i quali i membri dello Stato sono obbligati ad indirizzare le loro azioni conformemente al fine dello stesso.

b) Il diritto di completare queste disposizioni e di costringere i sudditi dello Stato alla loro osservanza.

c) Il diritto di giudicare e di decidere le controversie dei cittadini, mercè la applicazione delle leggi alle loro azioni.

A seconda che queste diverse parti essenziali della ‹ Obergewalt › isolatamente o tutte insieme sono trasferite ad uno od a più, sorgono le diverse specie di forme di governo. Le norme che le riguardano si chiamano ‹ Grundgesetze ›. Uno Stato

nel quale a tutti i singoli cittadini è riservato di partecipare alla ‹ Obergewalt ›, si dice una *democrazia*.

Uno Stato nel quale questi diritti sono trasferiti solo a certe classi di cittadini, a certe famiglie, a certe razze, viene detto *aristocrazia*.

Se all'incontrario tutti i diritti della ‹ Obergewalt › sono trasferiti ad uno solo lo Stato è una *monarchia*.

Vi sono poi forme miste di governo se i diversi diritti della ‹ Obergewalt › sono divisi fra più soggetti, così per esempio se il potere legislativo è riservato a tutto il popolo, mentre quello esecutivo o giudiziario || è invece riservato a certe classi, a certe famiglie o ‹ Stände › ovvero anche solo ad una persona. Gli esempi spiegheranno questi concetti. [p 470]

Pure democrazie nelle quali tutti i diritti della ‹ Obergewalt › vengono esercitati dal popolo e dalle sue assemblee non ve ne sono più fra i nostri attuali Stati moderni, a meno che non si vogliano citare alcuni dei più piccoli Cantoni svizzeri, i quali, però, sono troppo insignificanti, perchè la loro costituzione statuale meriti una ulteriore trattazione. Alcune provincie dei Paesi Bassi hanno carattere democratico come per esempio Holland, Utrecht, Friesland; altre, invece, sono aristocratiche come, per esempio, Geldera.

Al contrario la storia antica ci mostra diversi esempi di tali democrazie come per esempio Atene e Roma prima dei tempi vicini a Cesare.

Tra le più famose aristocrazie che ancora sono esistenti va ricordata Venezia e parimenti Genova. Più avanti svolgeremo la evoluzione della costituzione veneziana.

La maggior parte dei nostri Stati attuali sembrano al primo sguardo essere monarchie, perchè quasi dappertutto a capo dello Stato si trova una persona sola.

Se però noi indaghiamo più a fondo la costituzione degli stessi, noi troveremo che molti di essi appartengono alle forme miste di governo, nelle quali, cioè, il Re ha solamente una parte, ora maggiore, ora minore, dei diritti della ‹ Obergewalt ›, mentre il resto di questi diritti si trova nelle mani di certi rappresentanti, siano essi di tutto il popolo, siano invece di certe classi o ‹ Stände ›. Di qui sorge la differenza fra monarchie limitate ed illimitate poichè fra le ultime devono venire intese quelle ove tutti i diritti della ‹ Obergewalt › sono riuniti in una sola persona. || Esempi di monarchie limitate sono Inghilterra, Svezia, Polonia e Francia dopo la attuale riforma. Esempi di monarchie illimitate sono il Portogallo, Spagna, Danimarca, Russia. Da tutte queste forme di governo sono da tenere distinte i così detti sistemi di Stati, consistenti in una riunione di più Stati i quali, pur avendo, ognuno, una propria costituzione, si sono però uniti tra di loro sotto una comune direzione per diversi fini, quale, verbigrazia, la comune difesa: per esempio il ‹ deutsches Reich ›, la Repubblica svizzera e la repubblica olandese. [p 471]

Poichè nella ultima ora sono state spiegate le diverse forme di governo traendo anche esempi dalla storia, adesso l'importante è di trovare i pregi ed i difetti di ognuna e, dopo, di determinare quale delle stesse meriti la preferenza.

La democrazia dove i diritti di sovranità vengono esercitati dal popolo ovvero dai rappresentanti da lui eletti, ha il vantaggio di avvicinarsi più di tutte le altre allo stato della naturale libertà; privata proprietà e diritti essendo approvati nel mondo più sicuro, poichè ogni cittadino prende parte alla formazione ed al compimento delle leggi che le hanno di mira, c'è da aspettarsi di conseguenza la più spontanea ubbidienza da chi ha dato a se stesso queste leggi.

Ciò non di meno, la costituzione democratica è la meno favorevole alla libertà della proprietà e dei diritti. Domina nella stessa infatti ancora troppo dei difetti e delle imperfezioni dello stato di natura. Se i diritti di sovranità sono nelle mani della massa, non c'è affatto da aspettarsi che l'esercizio della stessa possa avvenire secondo principi universalmente giusti. Dominano piuttosto nella stessa inconsideratezza, disordine ed instabilità. La massa (‹ der grosse Haufen ›) viene governata dagli umori e dalle passioni: essa viene ingannata e trasportata dalle suggestioni e dai raggiri di svergognati demagoghi. Una savia e costante legislazione, operante sempre secondo principi parimenti stabili, non è quindi da aspettarsi nei governi popolari. Il potere da esercitare, nelle mani di un tale governo popolare, || può anche non venire applicato conformemente al suo fine. Mancano per questo scopo: *a*) uniformità del piano; *b*) segretezza; *c*) velocità nella esecuzione. Parimenti le cose vanno col potere giudiziario, poichè, se le controversie giuridiche vengono decise nelle assemblee popolari, può essere sicuro della vittoria non colui che ha per sè il miglior diritto od il miglior fondamento, ma colui il quale sa con ragionamenti sofistici accecare la massa, ovvero con l'arte della eloquenza sa rendersi padrone delle sue passioni. Infine una costituzione democratica è soggetta al massimo ad interni disordini e rivoluzioni. Se il popolo, nelle cui mani si trovano i diritti di sovranità, si divide in partiti intorno a faccende importanti aventi un interesse universale, allora, per la decisione del contrasto fra questi diversi partiti che hanno uguali pretese ai diritti di sovranità, facilmente non rimane altra via di uscita che la forza, e così sorgono disordini. In ogni nazione, inoltre, si trovano singoli uomini i quali si distinguono, per particolari doni dello spirito o per ricchezza ovvero per altri privilegi, ed a costoro lo stato di uguaglianza nel quale per via dei princìpi della costituzione democratica, devono rimanere cogli altri loro concittadini, diventa facilmente insopportabile. Se ora simili uomini ambiziosi si pongono alla testa dei partiti, se essi sanno abilmente dirigere ai loro fini ambiziosi il difetto di acume della massa e le passioni che la dominano e se sanno assogettare un partito con un altro allora, sorgono rivoluzioni le quali generalmente trasformano la costituzione democratica in una aristocratica ed in un dispotismo monarchico. Poichè però il dispotismo, come noi vedremo in seguito, tutte le volte si distrugge da solo, poichè l'amore per la libertà presso un popolo abituato una volta alla costituzione democratica non si fa mai completamente opprimere, ma sotto un despota debole ovvero mercè appoggi dall'estero prorompe di nuovo molto presto, così si comprende molto facilmente come qui una rivoluzione debba sempre seguire un'altra.

p 472

5

Schiarimenti tratti dalla Storia di Atene:

1. durante la guerra persiana;
2. durante la guerra del Peloponneso: Pericle, Alcibiade;
3. i trenta tiranni;
4. le frequenti sommosse sino al definitivo assogettamento da parte dei romani.

p 473 || La forma aristocratica di governo mostra di evitare felicemente questi difetti di un governo popolare. Si ritrova per vero in essa:

a) saviezza nella legislazione, perchè solo i migliori ed i più illuminati del popolo vi prendono parte;

b) fermezza ed uniformità dei princìpi nella amministrazione del governo.

I difetti sono:

a) manchevolezza nella segretezza e nella rapidità di esecuzione delle norme adottate;

b) oppressione dei rimanenti ‹ Stände › i quali non hanno parte al governo.

Ciò deriva: in parte, da un disprezzo verso persone, sopra le quali si crede di essere tanto elevati per via della propria nascita; in parte, dalla gelosia e dal sospetto contro ogni merito germogliante nei più bassi strati e dal quale si teme che esso intacchi la forza delle famiglie dominanti, e possa turbare la costituzione statuale vigente. Un governo aristocratico perciò si darà sempre da fare per mantenere il popolo nella stupidità e nella ignoranza; per impedire a chiunque dei cittadini di pervenire ad un certo grado di patrimonio e di prestigio e per allontanare o mettere da parte le persone meritevoli provenienti dalle rimanenti classi del popolo.

Di conseguenza le forme aristocratiche di governo sono sempre le più dure e le più feroci ed i diritti naturali della umanità in nessun altro Stato come in quello aristocratico vengono sconosciuti.

Esempio: Venezia. La uniformità dei suoi principî da 700 anni. Oppressione del popolo ad opera dei nobili. Ferocia del tribunale dei Dieci.

Le monarchie ristrette sembrano riunire tutti i vantaggi delle altre forme di governo e di essere assicurate contro i difetti delle stesse. Poichè per la emanazione delle leggi è necessaria la cooperazione del Re e dei rappresentanti del popolo, che vengono presi, in parte, dalla nobiltà, in parte dalle restanti classi del popolo, così da un lato non c'è da paventare la tumultuarietà, la faciloneria e la indecisione della legislazione puramente democratica, e, dall'altro, non c'è da temere che le leggi possano tornare ad oppressione del popolo, ovvero possano portare a non necessarie usurpazioni delle sue libertà come avviene nelle aristocrazie. Poichè la forza esecutiva è affidata al ‹ Landesherr › così ci si può aspettare nella amministrazione del governo fermezza di progetti, segretezza e celerità di esecuzione. Contro l'abuso del potere esecutivo || il popolo è assicurato per mezzo di ciò, che gli strumenti di questo potere sono responsabili di fronte ai suoi rappresentanti, e che il denaro, come mezzo indispensabile per una tale sconvenevole estensione del potere esecutivo, possono venire trovati solo col suo consenso. In tale maniera le diverse forze del Re e dei rap- p 474

presentanti del popolo partecipanti al governo appaiono essere l'uno coll'altro in così felice equilibrio, che ognuno degli stessi può, solamente in conformità alla sua destinazione, cooperare al fine dello Stato e che nessuno delle due parti può conseguire una preponderanza dannosa al tutto.

Senonchè proprio in questo equilibrio sta il difetto maggiore di una tale monarchia limitata. In parte i confini delle diverse forze in questa costituzione non possono venire così precisamente stabiliti, da prevedere tutti i casi possibili nei quali una parte può incolpare l'altra di trasgressione. Per via di ciò sorge una continua lotta, una perpetua gelosia tra le diverse forze partecipanti al potere, gelosia la quale, se viene infiammata da forti passioni ovvero da circostanze esterne sopraggiunte, finisce in disordini interni ed in guerre. Se però anche i confini sono determinati, rimane purtuttavia in ogni parte la inclinazione ad allargare i confini della propria competenza a spese dei confini dell'altra. Il Re si sforza di liberarsi dalle limitazioni spesso noiose del suo potere, mentre i rappresentanti del popolo afferrano ogni occasione per limitare sempre di più le prerogative della Corona, prerogative che, di fatto, in singoli casi sono pesanti per il popolo.

Esempio dell'Inghilterra.

1. Interni disordini che con diverse interruzioni hanno durato dall'anno 1215 al 1689, dalla ‹ *Magna Charta* › sino al ‹ *Bill of Rights* ›, cioè oltre 450 anni.

2. Difetti della attuale costituzione statuale:

a) ineguaglianza della rappresentanza. 358 rappresentanti. 5273 elettori eleggono la metà, il resto, più che 6 milioni, elegge l'altra metà;

b) ‹ die Testakte ›;

c) il sistema di corruzione;

d) la cattiva amministrazione; || p 475

e) la lunga e costosa giustizia privata;

f) la insicurezza nelle relazioni colle potenze estere.

A tutti questi difetti può rimediare solo l'alto grado di illuminazione ed i sentimenti patriottici della nazione, ma queste qualità non si possono aspettare in ugual grado presso nessun'altra nazione.

La monarchia illimitata ha sopra le altre rimanenti forme di governo i più evidenti vantaggi:

a) essa assicura la più certa ed energica protezione contro i nemici esterni per via della uniformità, della segretezza, e della celerità, dei suoi deliberati;

b) essa assicura nella maniera più compiuta contro i disordini interni, perchè in essa non ha luogo alcun contrasto tra i poteri tra di loro contendenti per il reciproco allargamento del loro potere;

c) essa assicura la più valida protezione ai diritti della proprietà privata, mercè la sua particolare energia nella esecuzione delle leggi miranti a tale fine;

d) essa assicura il meglio possibile la civile libertà dei sudditi, perchè fra principe e popolo non vi è alcuna ‹ Mittelmacht › la quale, mercè la sua partecipazione

al governo abbia occasione di opprimere le classi inferiori e perchè il principe non può avere nessun interesse a ciò, di favorire, cioè, una classe del popolo a spese delle altre;

f) il principe stesso, se ha giuste idee, non può avere alcun interesse diverso da quello del popolo, o contrario allo stesso. Quanto più fiorente è il suo Stato, quanto più vi dominano il benessere e la contentezza, tanto più grande è il suo potere, e più felice lui stesso.

Illustrazioni tratte dalla storia della monarchia prussiana e dalla sua ‹ Regeneration › mercè i grandi ‹ Kurfürsten ›.

A) Ingrandimento della potenza esterna e del prestigio.

B) Pace interna ed ordine.

C) Sicurezza della proprietà mercè buona organizzazione della giustizia e della amministrazione.

D) Libertà civile nei diversi ‹ Stände ›.

E) Fiorenti condizioni delle provincie.

L'unico scoglio della pubblica felicità in una monarchia illimitata è la sua inclinazione al dispotismo.

Dispotico è il principe, se egli, nella sua interna amministrazione statuale agisce non secondo universali ed uniformi principi, ma secondo arbitrio; || se applica la forza a lui affidata non per il benessere del tutto, ma per la soddisfazione delle sue passioni private, derivi ciò dal suo desiderio di conquista, dal suo piacere, dalla sua avarizia, o da qualsiasi altra cosa che diversamente possa avere nome.

p 476

Il monarca illimitato può molto facilmente diventare despota, perchè non esiste nessun contrappeso del potere, che lo limiti e gli impedisca di usare la forza che ha in mano secondo il suo beneplacito. Egli diventa però despota solo per difetto di acume ovvero per debolezza di carattere. Quindi, sintanto che un monarca comprende esattamente il suo interesse ed ha abbastanza saldezza di agire secondo le sue cognizioni, egli non si deciderà mai ad assumersi la parte saviezza di despota. Il monarca che a ciò si determina, agisce: *a*) contro il suo dovere; *b*) contro la sua sicurezza. Sopra è stato mostrato che i diritti del sovrano riposano sopra il contratto sociale in forza di che il popolo si è assogettato ai suoi ordini onde venire da lui governato secondo il fine dello Stato, cioè secondo la pace universale, la sicurezza e la felicità.

Se ora il sovrano diventa despota, egli cambia questo fine del contratto civile; egli perde il suo diritto e distrugge persino il fondamento della obbligazione del suo popolo alla ubbidienza verso i suoi ordini. La sua potenza non si fonda più sul diritto, ma solo sulla sua forza. La sua forza è nulla ed insignificante contro le forze di tutti i milioni ai quali vuole ordinare e che tuttavia non hanno più obbligo di ubbidire.

I più dotati di acume nella nazione sanno molto bene che il despota ha disciolto il vincolo che li legava a lui, ond'è che non ubbidiscono più a lui, con gioia e buona volontà.

Essi non sentono più alcun impulso a mantenere in piedi e ad appoggiare una costituzione statuale, nella quale non può più venire raggiunto alcuno dei fini dello Stato.

Se non il chiaro intelletto tuttavia l'oscuro istinto ed il comune buon senso dicono che a questo mondo non vi possono essere dei milioni di uomini solo per il piacere di uno solo e che, se questo individuo abusa del potere a lui affidato, questi milioni non possono più essere tenuti ad ubbidirgli. Questo oscuro istinto ed il disgusto interno che ne nasce può, || per via di occasionali circostanze e di esterne disgrazie, per via di universali calamità essere portato ad esplodere, e quindi tutto ciò fermenta in ribellioni e sollevazioni le quali, di ordinario, finiscono colla caduta del despota e talvolta anche colla caduta di tutta la costituzione statuale. P 477

Per assicurarsi contro questo pericolo il despota, che vuole rimanere tale, ha solamente due mezzi: *a)* quello militare; *b)* lo sfacciato favoreggiamento di certi ‹ Stände ›, al fine di affermare l'uno o l'altro aspetto della sua forza.

Il dispotismo militare fa il sovrano schiavo dell'esercito ed in seguito lo rende preda dei nemici esterni. Il dispotismo aristocratico porta alla anarchia democratica o, nel migliore dei casi, a una limitazione della costituzione monarchica.

I migliori esempi di ciò sono dati dalla storia.

1. Storia del dispotismo militare in Roma che è finito con la totale soppressione dell'Impero.

2. Storia del dispotismo aristocratico in Francia, il quale oggi sta sul punto o di trasformarsi in una semplice democrazia, ovvero nel migliore dei casi in una monarchia molto limitata.

Grandi uomini forniti di eccellenti talenti potrebbero, è vero, mantenere forse in piedi per un certo tempo una forma di governo dispotica mercè l'interna forza del loro spirito, mercè brillanti fatti, i quali abbagliano il popolo con la riverenza alla loro persona, o con la meraviglia; ma prima o poi viene alla superficie il veleno annidato nel recondito, e, se anche il despota fortunato non riesce a vedere questo fatto, tuttavia la sua famiglia va incontro alle tristi conseguenze dello stesso e la storia imparziale lo bolla col nome di tiranno, il quale agli occhi della imparziale posterità ha offuscato tutta la gloria cui, senza riposo, ha aspirato col sacrificio dei suoi più santi doveri.

3.

Sul diritto della legislazione.

Nelle ultime lezioni io ho avuto il piacere di spiegare a Vostra Altezza Reale il concetto di diritto di legislazione, l'ambito di questo altissimo diritto e le limitazioni alle quali esso, in conseguenza del contratto civile e del fine della associazione statuale, è assogettato. In occasione di ciò io ho ricordato come, oltre queste interne limitazioni, esistano certe forme esterne, alle quali persino un monarca illimitato può essere legato nell'esercizio del suo potere legislativo.

Queste forme in Prussia sono di due specie:

1. Il defunto Re, nell'Ordine di Gabinetto 14 aprile 1780 ed ancor più precisamente colla Patente 29 maggio 1781, ha stabilito che nessuna nuova legge debba venire presentata al monarca per la sottoscrizione, se la ‹ Gesetzkommission › non sia stata prima ascoltata e non abbia prima espresso il suo parere. Questa Commissione legislativa consiste di uomini, che vengono scelti tra i membri dei più alti Collegi in Berlino e nominati dal Re, i quali si sono in modo eminente segnalati colle loro conoscenze, colla loro esperienza e colla loro onestà. Il loro dovere, quando viene presentato il progetto di una nuova legge, è di ricercare preventivamente: *a*) se la nuova legge sia conforme ai fini dello Stato ed ai principi fondamentali della legislazione citati in precedenza; *b*) se essa armonizzi colla naturale equità e con tutto il sistema dei diritti e delle costituzioni; *c*) se, per via della stessa, possano venire offesi i diritti quesiti di una o delle altre classi dei cittadini; *d*) se il progetto nella sua formulazione sia completo e se vengano osservate la chiarezza e la esattezza delle espressioni necessarie in una legge. Ogni riflessione che la Commissione legislativa fa riguardo alla progettata legge sotto l'uno o l'altro di questi punti di vista, è obbligata poi, senza avere il minimo ritegno, ad esprimere al Ministro, il cui Dipartimento è interessato alla legge stessa, e questi, a sua voltà, è obbligato ad esporre simili riflessioni al ‹ Landesherr › unitamente alla propria disamina del progetto.

2. La seconda forma che va osservata nello Stato prussiano in occasione della promulgazione o della abolizione di una legge è il consenso degli ‹ Stände ›. Questo consenso riposa sia sui privilegi attribuiti agli ‹ Stände › delle diverse provincie dai precedenti ‹ Landesherren ›, sia sui contratti con essi stipulati, che vengono confermati ad ogni incoronazione dai successivi prìncipi. Massimamente, però, la dichiarazione dell'attuale Maestà del Re regnante presa con Ordine di Gabinetto 26 agosto 1786 ha messo in rilievo che nelle nuove leggi le quali hanno rapporto ai diritti delle persone private fra di loro ovvero tra di esse e lo Stato e nelle quali vengono anche in considerazione i diritti od i privilegi degli ‹ Stände ›, che codesti debbono venire prima ascoltati nelle loro spiegazioni e nei loro avvertimenti. || p 479

Queste forme stabilite dalla costituzione del paese non tolgono alla monarchia prussiana nulla del potere legislativo ad essa competente come il più alto diritto sovrano, poichè, per via di ciò, nè gli ‹ Stände › nè, ancor meno, la Commissione legislativa hanno una effettiva partecipazione a questo potere; tutte e due infatti, limitano la loro attività a rendere un parere, a fare delle osservazioni ed a presentare delle rimostranze. Esse sono tuttavia di considerevole utilità per tutta la costituzione statuale. Quindi:

a) la soverchia fretta così perniciosa all'importante problema della legislazione e le cui dannose conseguenze ho avuto il piacere di esporre a Vostra Altezza Reale nella storia della legislazione dell'Imperatore Giuseppe II viene per via di ciò impedita.

b) Il monarca, persino se egli è il genio più grande e la persona di più ampie vedute, non può possedere una così precisa e costantemente attuale conoscenza di

ogni dettaglio della costituzione dello Stato, di tutto il sistema della legge, dei rapporti di così svariata specie delle diverse classi dei cittadini fra di loro e nei confronti dello Stato, dei complicati affari della vita civile, e dell'importante ma non sempre parimenti evidente influsso che su di essi ha la legislazione, in modo che egli possa essere in grado di meditare ogni legge da lui decisa od a lui proposta, secondo i princìpi che devono per essa venire osservati e di evitare la violazione di questi princìpi che per lui devono essere fermamente santi. È quindi certamente una molto savia disposizione quella che, prima che una legge progettata venga veramente emanata e pubblicata, debba avvenire l'esame del progetto da parte di uomini, che si sono occupati dello studio delle leggi e delle costituzioni del paese durante una gran parte della loro vita; sono codesti gli uomini che posseggono non solo le conoscenze indispensabili ma anche il tempo necessario per fare un tale esame con cautela e precisione. D'altra parte è necessario che vengano uditi al riguardo uomini i quali, per via della loro posizione, conoscendo con esattezza la interna costituzione e le particolari qualità del carattere, dei costumi e dei mezzi economici di sussistenza degli abitanti di tanto diverse provincie della monarchia prussiana, sono di conseguenza così esperti, da avvertire i difetti e gli svantaggi che possono sorgere || p 480 dalla applicazione di una legge, forse in sè utile e buona, ma solo in questa od in quella singola provincia.

c) La cooperazione della Commissione legislativa e degli ‹ Stände › assicura anche il monarca contro il pericolo, al quale egli altrimenti spesso potrebbe essere esposto, di violare colle sue disposizioni i diritti quesiti dei suoi sudditi e così di violare uno dei suoi eminenti doveri. I Ministri ai quali il Sovrano ha affidato i diversi dipartimenti dello Stato sono ordinariamente molto inclini ad allargare i confini del potere principesco da essi applicato, perchè per via di ciò il loro proprio potere ed il loro personale prestigio ricevono continuamente un aumento.

Se un tal uomo con questa naturale inclinazione unisce una esagerata ambizione ed un cuore guasto, se egli ha saputo accattivarsi la fiducia del sovrano con abbaglianti talenti o con altri modi, allora riesce a lui facile, sotto qualsiasi apparente veste, fare passare delle leggi che non solo sono contrarie ai principi fondamentali della costituzione statuale, ma pregiudizievoli altresì al bene del tutto e lesivi dei diritti dei sudditi; sono queste leggi che rubano al sovrano l'amore e la fiducia del suo popolo, e che per via di ciò scuotono le fondamenta del suo potere e la vera grandezza dello Stato. Come Richelieu e Mazarino, così nei tempi più recenti Choiseul, Aiguillons, Maupeous, Vergennes, Breteuils e Calonnes hanno in parte preparata ed in parte fatto esplodere la spaventosa rivoluzione in Francia, la quale minaccia la completa rovina del potere regio in questo Regno: è stato in questa maniera che il ‹ Ministerialdespotismus › anche in altri paesi ha provocato ben maggiori danni che non il personale dispotismo dei loro principi. Contro questo pericolo lo Stato prussiano ed il suo principe sono assicurati mercè il consiglio della Commissione legislativa e quello degli ‹ Stände › fondato sulla costituzione statuale, poichè in questo modo l'adito all'orecchio del sovrano rimane sempre aperto per la voce imparziale della verità e del comune bene, ed il ‹ Ministerialdespotismus › in questa or-

ganizzazione trova sempre un insuperabile contrappeso, fino a quando il monarca con energia e fermezza sorveglia sulla osservanza di questi fondamenti. Che egli però lo voglia, dipende dal fatto che a ciò lo stimola anche il suo proprio interesse, perchè p 481 così agendo il suo legittimo potere non viene minimamente indebolito || e se mai vengono molto rafforzati i fondamenti dello Stato.

4.

Della giurisdizione ossia del diritto di giustizia.

Una delle più eminenti cause per cui gli uomini sono passati dallo stato di natura a quello della società civile, fu, come noi abbiamo detto, che le controversie sorgenti tra di loro potessero venire decise non più colla violenza e colla forza, ma secondo le leggi e mediante decisioni giudiziarie. La società civile ha quindi trasferito al suo ‹ Oberhaupt › il diritto di giudicare sulle liti sorte tra i suoi membri secondo le leggi e di porre ad esecuzione le decisioni da lui prese contro chi non vuole spontaneamente assoggettarsi alle stesse, eventualmente mercè l'uso del potere a lui affidato. Questo diritto è detto ‹ Gerichtsbarkeit › e si divide in giurisdizione civile e criminale da un lato, in giurisdizione personale e reale dall'altro.

All'origine, sin tanto che gli Stati erano piccoli e le questioni che si presentavano nella società civile erano ancora semplici e non imbrogliate e conseguentemente le liti che ne sorgevano erano rare e facili da decidere, e di conseguenza lo Stato abbisognava solo ancora di poche, brevi e semplici leggi; fin tanto che ogni Stato formava, per così dire, una isola a parte, stando cogli altri popoli quasi in nessun rapporto ovvero in rapporti scarsi e momentanei; sin tanto che così stavano le cose i principi stessi hanno esercitato di persona l'ufficio di giudice per il loro popolo, generalmente con l'assistenza dei loro consiglieri. Nei tempi più moderni, tuttavia, quando gli Stati diventarono sempre più grandi; quando la aumentata cultura e la industria resero molteplici e complicati gli affari della vita civile nel commercio e nelle professioni; quando con il raffinamento dei costumi ed il perfezionamento dello spirito passarono anche nel carattere delle nazioni la scaltrezza, gli artifizi e l'inclinazione all'intrigo; quando perciò il numero delle leggi si accumulò e la loro giusta applicazione richiese sempre più tempo, riflessione e penose ricerche; quando il nuovo sistema europeo di Stati creò una nuova ‹ Staatskunst ›, introdusse gli eserciti permanenti, aumentò i bisogni dello Stato rendendo necessaria una più accurata attenzione sulla amministrazione ed il miglioramento delle finanze; quando perciò gli affari politici, militari e finanziari del principe aumentarono tanto che egli non potè assolutamente curarli tutti nello stesso tempo; da questo tempo in poi accadde un doppio cambiamento nella amministrazione della giustizia.

p 482 Una volta i principi avevano accollato l'esercizio || dell'ufficio di giudice a certe persone o collegi da loro nominati e riservato a sè stessi solo la sorveglianza su di essi. Infine, però, ogni paese venne diviso in certi distretti e le liti in ognuno di essi

rinviate ad un giudice territoriale o ad un collegio di giustizia. Questi distretti vengono chiamati ‹ Jurisdiktionsbezirke ›.

In secondo luogo le giurisdizioni cittadine e quelle signorili provenienti dai più antichi tempi vennero riconosciute dal ‹ Landesherr › e di conseguenza espressamente conservate. La natura ed il modo di sorgere di queste giurisdizioni subordinate richiedono una più approfondita spiegazione.

Per quanto noi possiamo andare indietro nella più antica storia della costituzione territoriale europea e particolarmente di quella tedesca, noi troviamo che quando il popolo si trovava ancora nei gradini più bassi della cultura, la nobiltà si arrogò quasi dappertutto una illimitata potestà su tutti i villani abitanti nei suoi villaggi trattando gli stessi come suoi servi o persino come schiavi. Questa usurpazione si fondò in parte su ciò, che la nobiltà consisteva di coloro i quali, in quei tempi di grandi trasmigrazioni dei popoli, avevano assistito il comandante dell'esercito nell'assoggettamento dei vinti, e per questo da lui avevano ricevuto come premio non solo certi distretti dei paesi occupati, ma, secondo il barbaro costume di allora, anche gli abitanti dello stesso considerati come schiavi. In parte anche dette giurisdizioni si fondavano su ciò, che i possessori di tali distretti, spopolati dalle distruzioni della guerra, portarono coloni da altri posti, ai quali concessero dei fondi da sfruttare e da mettere a cultura, facendo però promettere a costoro completa soggezione al loro volere ed al loro comando. I progressi della cultura, costumi divenuti più delicati, e più umane leggi hanno via via mitigato questo illimitato potere della nobiltà sui suoi dipendenti; tuttavia sono rimasti alla nobiltà come residuo di quella più antica costituzione ancora molti diritti sugli stessi, con espressa approvazione e conferma del ‹ Landesherr ›. Fra codesti uno dei più eminenti è la autorizzazione che un nobile possidente (‹ adliger Gutbesitzer ›) ha, di decidere come giudice le liti dei suoi dipendenti e di portare ad esecuzione questa decisione. Questo potere è detto giurisdizione patrimoniale (‹ Patrimonialgerichtsbarkeit ›). Origine della giurisdizione cittadina. Tanto quella patrimoniale quanto la giurisdizione cittadina sono giurisdizioni m e d i a t e e rimangono sempre soggette alla giurisdizione del ‹ Landesherr ›. || Secondo questa esposizione di carattere storico della amministrazione giudiziaria in Germania l'attuale organizzazione della stessa è il seguente: p 483

1. La ‹ Obergewalt › dello Stato ovvero il ‹ Landesherr › è, e rimane, la fonte di tutti i diritti di giurisdizione e la sua giurisdizione, ha luogo dappertutto dove non si trovi che egli abbia concesso l'esercizio della stessa ad un nobile terriero (‹ Gutsbesitzer ›) ovvero ad un magistrato cittadino.

2. Consuetudinariamente, tuttavia, spetta al nobile ed al magistrato rispettivamente la giurisdizione sui dipendenti e sui cittadini.

3. Qualora lo Stato possegga dei ‹ Domänengüter ›, esso ha sugli abitanti degli stessi la ‹ Patrimonialjurisdiktion ›.

4. Il nobile stesso e la Città, considerati complessivamente, sono soggetti alla immediata giurisdizione del ‹ Landesherr ›.

5. Tutti gli ‹ Offizianten › dello Stato sono parimenti sotto la immediata giurisdizione dello stesso.

6. La immediata giurisdizione del ‹ Landesherr › viene esercitata mediante i Tribunali ed i Collegi da lui istituiti.

7. I Collegi ai quali è affidata in tutta una Provincia la immediata giurisdizione territoriale si chiamano ‹ Landesjustizcollegia ›.

8. Ai ‹ Landesjustizcollegia › è nello stesso tempo affidata la sorveglianza sopra la ‹ Mediatjurisdiktion › del nobile e delle Città.

Prima che io finisca questa esposizione storica dei diritti e dei doveri del ‹ Landesherr › in riguardo della alta giurisdizione che a lui compete, io devo ancora accennare a due specie di giurisdizioni che propriamente non riguardano liti e processi, ma che consuetudinariamente vengono svolti unitamente alla giurisdizione:

a) ‹ Jurisdictio voluntaria ›: contrassegni della proprietà e dei diritti da determinare.

b) ‹ Jurisdictio pupillaris ›: cura dello Stato per gli incapaci, che da soli non possono comparire in giudizio.

Secondo la nostra attuale costituzione territoriale, alla giurisdizione della stessa — sia che debba essere riguardata come ‹ Hoheitsrecht ›, sia che vogliasi considerarla come un diritto della ‹ Obergewalt › nello Stato — sono da riconoscersi le seguenti facoltà:

a) il diritto di fare ‹ Prozessordnungen ›, cioè di emanare precetti generali sul modo come deve procedersi nelle indagini e nelle decisioni delle liti e dei processi che si presentano;

p 484 *b*) il diritto di nominare e confermare || le persone le quali devono esercitare in talune provincie la giurisdizione in nome del ‹ Landesherr ›;

c) il diritto di esercitare la sorveglianza su questi collegi e su questi Tribunali, traendo a responsabilità gli stessi a cagione di trascuratezza dei loro doveri o di trasgressione agli stessi;

d) il diritto di esercitare la sorveglianza sopra la ‹ Mediatjurisdiktion › del nobile e delle città e di indagare sino a quale punto i precetti della legge e della ‹ Process-Ordnung › vengono osservati da questi Tribunali inferiori, rimediando, se del caso, ai difetti ed ai disordini degli stessi. Il diritto di visitazione (‹ das Visitationsrecht ›);

e) il diritto di indagare sulle lagnanze contro tali Tribunali inferiori mercè i ‹ Landesjustizcollegia › (collegi territoriali di giustizia) facendo rimuovere gli eventuali inconvenienti mercè legali rimedi. Il diritto di appello;

f) il diritto di trarre certe utilità dalla giurisdizione mediata ed immediata, di che parleremo più ampiamente a suo luogo.

Con questi diritti del ‹ Landesherr › sono collegati anche certi doveri la cui precisa osservanza ha il più rilevante influsso sul bene dello Stato.

1. Nella composizione dell'ordinamento processuale egli deve osservare la più grande cura e precauzione come nella legislazione. Rinvio.

2. Egli deve, per il conferimento dell'ufficio di giudice, ricercare capaci ed oneste persone. Poichè per ciò sono prescritte certe prove, così egli non deve nominare alcuno che dette prove non abbia superato.

3. Egli deve tenersi a ciò, che ognuno senza distinzione venga udito convenevolmente e che nessuno venga giudicato senza che sulla sua questione non siasi indagato a fondo nel modo prescritto dalla legge.

4. Deve sorvegliare a che nessun cittadino dello Stato venga, contro la sua volontà, tratto avanti ad altro giudice di quello a lui indicato dalla legge.

5. Il ‹ Landesherr › non deve essere giudice egli stesso. Fanno difetto a lui per ciò le necessarie conoscenze, il tempo occorrente, nonchè la abilità che si può acquistare solo con l'esercizio. Tutti i motivi che hanno reso necessario al Principe di trasferire ad altri l'ufficio di giudice, obbligano anche a rinunciare nei singoli casi alla propria decisione.

6. Egli deve tenere in piedi le sentenze pronunciate dai suoi Tribunali e non mutarle od abolirle mercè arbitrarie disposizioni. Per vero la sicurezza della proprietà riposa su ciò, che i contrassegni della stessa, che lo Stato ha determinato con legge, devono venire rispettati || da tutti e quindi anche dal ‹ Landesherr ›. Fra questi contrassegni vi è anche quello che colui al quale, mercè una precedente legale indagine venne attribuito dal giudice un diritto contestato, debba venire considerato per il legittimo proprietario di questo diritto nello Stato e pertanto che a nessuno debba essere concesso di molestarlo a suo proposito per nessun motivo. Questa legge è necessaria perchè altrimenti non vi sarebbe mai fine al ‹ Prozessieren › ed i diritti rimarrebbero per sempre incerti. È equo e ragionevole, a cagione delle leggi che sono in vigore, che i diritti contestati debbano venire esaminati con grande cura e le istanze siano aperte a tutti. In taluni casi ciò può sembrare duro, ma la sicurezza lo esige inderogabilmente. Il principe quindi il quale vuole mutare od abolire, mercè atti di sovranità le sentenze dei suoi Tribunali andrebbe contro al primo dei suoi primi doveri, quello, cioè, di proteggere, ognuno nel suo.

p 485

7. Egli deve però esercitare la più precisa sorveglianza sopra i suoi Tribunali ed a questo fine ascoltare benevolmente le lagnanze dei suoi sudditi a questo riguardo; fare indagare sulle stesse da imparziali e competenti persone, e, se egli trova che a taluno fu prorogata o denegata giustizia, rimediare con energiche disposizioni.

8. Egli deve proteggere, per quanto ha a ciò riguardo, il titolare delle giurisdizioni patrimoniali e cittadine, perchè esse sono sua proprietà.

9. Egli deve quindi vegliare su ciò: che queste giurisdizioni vengano amministrate solo da uomini debitamente a ciò autorizzati e secondo le norme della Ordinanza processuale.

5.

Sul diritto di Polizia. Princìpi del diritto di Polizia.

... Prima però che io prosegua, devo chiedere il permesso di fare una osservazione relativamente a due diverse questioni che si possono sollevare:

1. Quali mezzi, secondo le norme del buon senso, sono i migliori ed i più efficaci per raggiungere i diversi fini dello Stato?

2. Quale mezzo lo Stato è autorizzato ad applicare per il raggiungimento di questo fine?

p 486 *A*) La risposta || alla prima di queste questioni sta fuori dei confini del mio compito. Si tratta del problema della cui soluzione si occupa tutta la scienza dello Stato (‹ Staatswissenschaft ›) e l'arte di governo (‹ Regierungskunst ›).

A me spetta solo di rispondere alla seconda domanda e di dare i fondamenti, secondo i quali il diritto dello Stato deve giudicare nella applicazione dei mezzi per il raggiungimento dei fini di polizia.

Dalla testè fatta divisione degli oggetti del diritto di polizia si desume che esso racchiude molte e diverse limitazioni della naturale libertà. Esso impone azioni che devono ridondare alla ricerca della felicità degli altri, ne proibisce altre che non ledono obblighi coattivi (‹ Zwangspflichten ›) verso altri, e che quindi non sono da considerare come reati. Secondo il diritto di natura io posso costruire la mia casa nella mia proprietà dove io voglio; così pure io sono libero di porre sulla mia finestra ciò che voglio ed è certo che, per via dell'esercizio di questi due diritti, non violo un mio obbligo di condotta verso altri. La polizia, tuttavia, mi proibisce di accostare la mia casa troppo vicino a quella del vicino affinchè io non tolga luce allo stesso; essa mi proibisce sotto minaccia di pena di porre vasi di fiori od altre cose davanti alla mia finestra senza che esse siano assicurate, affinchè non cadano, e danneggino il viandante. La polizia procede molto avanti nel limitare la naturale libertà, come d'altronde è necessario fare, onde distornare dal nostro prossimo pericoli da noi provocati. Poichè ora il primo principio del diritto positivo statuale è: che lo Stato sia autorizzato a limitare la libertà del singolo soltanto quando è necessario, affinchè la libertà e la sicurezza di tutti possa esistere; così da questa considerazione deriva il primo principio del diritto di polizia, che

> « solamente il rimovimento di un grave danno con morale coscienza da temere per la civile società, ovvero solamente la fondata speranza di conseguire un molto considerevole e durevole vantaggio per il tutto, possa autorizzare lo Stato a limitare la naturale libertà dei singoli cittadini mercè leggi di polizia ».

Le leggi di polizia esigono pertanto una raddoppiata circospezione da parte del legislatore, affinchè egli non venga invogliato a porre inutili catene alla libertà dei

cittadini limitando costoro nel libero uso e godimento del loro, solamente nell'unilaterale vantaggio di alcuni dei loro concittadini.

Un secondo principio del diritto di polizia e che

> «il danno che deve venire evitato mercè la limitazione della libertà personale deve essere di gran lunga più considerevole dello svantaggio che la totalità ovvero anche i singoli devono patire da tali limitazioni».

Quindi solamente un bene preponderante per la totalità può autorizzare lo Stato a promuovere il sacrificio di un minor bene dei suoi sudditi. Fintanto perciò che è dubbio anche in minima parte, se il vantaggio della totalità che deve venire effettuato mercè la limitazione della libertà, superi il danno che la totalità ovvero anche solo i singoli ne provano, non deve lo Stato decidersi a tali limitazioni. Così, per esempio, una città sarebbe sicura in alto grado contro gli incendi se in essa non venisse tollerato alcun mestiere che avesse a che fare col fuoco come fornai, birrai, vasai, fabbri e così via. Senonchè la civile società per via della proibizione di tali attività, patirebbe un danno che supererebbe il pericolo che essa si vedrebbe minacciato dalle stesse. Una legge di polizia quindi che volesse proibire questi mestieri, il loro esercizio ovvero il loro stabilimento nella città sarebbe ingiusta, come all'incontrario molto giusta sarebbe quella che ad essi ponesse certe precauzioni nell'uso del fuoco, ovvero stabilisse per loro nelle città un luogo dove di fatto un incendio che sorgesse potesse venire spento, ovvero potesse non avere possibilità di allargarsi, a causa della sua lontananza o della sua posizione isolata.

Il terzo principio è che

> «la limitazione della libertà che avviene ad opera di una legge di polizia deve così essere congegnata, che, a quegli che la subisce possa tramutarsi persino in vantaggio».

Così, per esempio, la legge di polizia è equa e giusta quando proibisce che alcuno con nuova costruzione tolga la luce al vicino, che nessuno ponga vasi da fiori alla finestra, che nessuno per le strade o per luoghi affollati debba viaggiare o cavalcare velocemente.

Il quarto principio è che

> «per le limitazioni le quali hanno per fine l'allontanamento di disturbi e di pericoli lo Stato ha un diritto più forte che non quello per mezzo del quale debbano venire promossi solamente il benessere, la comodità, ‹ die Schönheit › od altri vantaggi minori».

Così le leggi di polizia le quali mirano ad impedire reati, ad evitare conseguenze a tutti dannose di avvenimenti naturali, a procacciare o conservare al paese i primi bisogni della vita, || hanno in sè un più forte fondamento di obbligatorietà, che non quelle le quali solamente mirano a promuovere il fiorire di questa o di quella fabbrica, a favorire il commercio con merci di solo lusso, a realizzare l'abbellimento di una città o di una contrada. p 488

Un quinto fondamento è che

> «poichè lo Stato in tutte le sue leggi deve rispettare la proprietà legale e gli altri diritti quesiti dei cittadini, così ciò deve accadere anche per riguardo alle leggi di polizia. Per scopi della polizia che non riguardino immediatamente la protezione e la sicurezza della totalità contro pericoli comuni, nessuno può venire costretto contro la sua volontà a farsi uscire dalle mani il suo ben acquistato diritto».

Così, per esempio, sarebbe molto ingiusta quella legge di polizia che volesse costringere gli abitanti di una città a vendere i loro giardini alla polizia, affinchè questa potesse sistemarvi un pubblico passeggio. Persino la offerta di un elevato prezzo d'acquisto non giustificherebbe una tale intromissione nei diritti di proprietà. All'incontrario è benissimo giustificato il fatto che lo Stato, il quale trovi necessario erigere una fortezza da qualche parte per la difesa contro i nemici esterni, possa costringere gli abitanti a cedergli i loro terreni che siano necessari a questo scopo, contro un equo indennizzo. Questo esempio porta al seguente

Sesto principio:

> «se la esecuzione di una legge di polizia rende necessario il sacrificio della proprietà o di altri diritti dei privati, e questa legge realmente mira alla sicurezza contro un comune pericolo, può, è vero, lo Stato costringere i singoli a questo sacrificio, ma esso deve curare che essi vengano perciò equamente indennizzati».

Se quindi, per esempio, in una città sono ancora esistenti case coperte con assicelle, così può, è vero, lo Stato costringere il proprietario a sostituirle con tetti di ardesia, ma esso deve però risarcirlo, pagando le spese.

Dalle ‹ Polizeigesetze › vanno distinti i semplici ‹ Polizeianstalten ›. Se lo Stato trova necessario dare vita a siffatti istituti, per mezzo dei quali per esempio, viene organizzata bene la educazione dei giovani, agevolato il promovimento di questa o di quella professione, portata ad alto grado di perfezione questa arte o quella scienza, non vi ha dubbio che esso sia a ciò autorizzato.

p 489 *B*) Di regola esso non può costringere || nessuno a prendere parte ad un tale istituto. Se esso osserva tuttavia questo principio, esso può allora prescrivere all'Istituto norme a suo beneplacito, le quali in questo caso devono venire seguite da tutti coloro che vi prendono parte: così, per esempio, se lo Stato istituisce una Scuola, se fonda una Accademia, ovvero se crea una Scuola di disegno, se sovvenziona un'opera teatrale, se esso dà vita ad un Banco di pegno e di prestito, se stabilisce un nuovo ramo di commercio.

Dalle ‹ Polizeigesetze › sono da tenere distinte anche le ‹ Polizeiordnungen ›. Queste si riferiscono solo ad un certo luogo determinato e devono obbligare solamente quelli che soggiornano in questo luogo.

‹ Polizeistrafen ›. Queste non devono essere così severe come le ‹ Kriminalstrafen ›.

‹ Polizeiverfahren ›. Esso deve impedire solo le trasgressioni delle leggi di polizia ovvero deve punire solo una trasgressione realmente già avvenuta.

Applicazione delle mentovate massime a singole materie.

Nella sezione passata ho avuto il piacere di conversare con Vostra Altezza Reale intorno al diritto di polizia dello Stato, intorno al suo ambito ed ai confini che devono venire osservati, affinchè l'esercizio di questo diritto non porti a sconvenienti ed antigiuridici pregiudizi della naturale e civile libertà. Noi abbiamo trovato che il fine della polizia consiste in parte nella maggiore prevenzione dei pericoli minaccianti i cittadini dello Stato ad opera di reati o di eventi naturali; in parte nella delimitazione di abusi della proprietà dannosi a tutti; in parte nella regolamentazione delle diverse professioni della vita civile e nell'allontanamento degli ostacoli che si frappongono alle stesse; in parte anche nella creazione di istituti per via dei quali viene curata la istruzione ed il perfezionamento dei cittadini in conoscenze utili ovvero viene loro creato un più sereno e comodo godimento della vita. Noi abbiamo inoltre trovato che quasi tutte le leggi di polizia si risolvono in limitazioni della naturale e civile libertà, perchè esse od ordinano azioni a cui l'uomo secondo le leggi di natura non è obbligato, ovvero vietano azioni che non contengono alcuna violazione di regole di condotta (‹ Zwangspflichten ›) e che perciò non sono delitti; e che quindi nella emanazione di leggi di polizia è necessario da parte dello Stato una speciale cautela e circospezione. Noi siamo convinti non solo che solamente la grande probabilità di un imminente e molto grave male ovvero solamente la fondata speranza || di un vantaggio preponderante da conseguire per la civile società, possa autorizzare lo Stato a limitare la libertà del singolo con leggi di polizia; ma che anche proprietà e diritti in realtà già acquisiti non possano venire lesi con leggi di polizia; infine che, se mai in uno od in un altro caso straordinario lo Stato si veda costretto a disporre sulla proprietà di un singolo cittadino al fine della generale sicurezza, esso si deva sentire anche obbligato a risarcire un tale proprietario per tutto il danno che ne sorge. p 490

Al fine di esporre nel modo più chiaro e convincente la applicazione di questi principi, io chiedo il permesso di potere immediatamente spiegare alcuno dei più importanti oggetti, estratti dal gran cumulo di quelli coi quali si occupa il diritto di polizia dello Stato.

a) Il più importante e profittevole affare di polizia consiste senza dubbio nelle premure che esso applica nel prevenire i reati e nell'impedire la esecuzione degli stessi, rendendoli più difficili da compiere.

La polizia cerca di raggiungere questo fine colla vigilanza effettuata da apposite guardie e mercè altri istituti del genere, particolarmente ricorrendo ad essi in luoghi e tempi che sono i più comodi ed i più consueti per la commissione di reati; cerca di proteggere le persone ed il patrimonio dei cittadini contro i nocumenti dei ribaldi; in parte è precipuamente, però, per questa via, che essa indaga le fonti dei delitti e si preoccupa di eliminarle. La causa principale del reato è senza dubbio l'ozio e la

povertà che ne consegue. La polizia indirizza quindi la sua attenzione soprattutto a quelle classi di uomini i quali, senza svolgere un qualsiasi utile mestiere per l'acquisto del loro mantenimento, vagabondano per il paese e cadono a peso dei loro concittadini mendicando. Essa distingue il mendicante il quale è reso incapace al lavoro dall'età, dalla malattia, o dalla imperfezione, da colui che per sola poltroneria ovvero per inclinazione alla vita disordinata od errabonda si sottrae al lavoro. A chi è veramente povero essa pensa mercè la istituzione di Istituti per la cura dei poveri (‹ Armenverpflegunsanstalten ›). Per gli altri vagabondi essa li respinge oltre il confine e proibisce loro il ritorno sotto pena di essere chiusi in fortezza. Per il mendicante del paese capace di lavorare essa; o indica a costui l'occasione per la quale, mercè il lavoro, egli riesce a campare la vita; ovvero, se essa stessa trova che non sia serio offrirgli questa occasione, lo chiude in ‹ Arbeitshäuser › nelle quali egli deve lavorare sin tanto che || ha vinto la sua inclinazione all'ozio e tanto di conoscenze e di destrezza si è acquistato, che a lui ormai si può concedere di meritarsi il pane in una qualsiasi utile attività in libertà. Tutte queste regole vengono giustificate mercè la necessità di assicurare i cittadini contro un esercito di mendicanti e di vagabondi, i quali, se sono lasciati a se stessi e se rimangono senza sorveglianza, diverrebbero immancabilmente altamente pericolosi alla persona ed al patrimonio dei loro concittadini. Da analoghi princìpi i governi sono indotti a pensare che sia loro dovere ed anche parte proprio del diritto di polizia, di trarre la professione di scrittore ed il commercio di libri sotto la loro sorveglianza, affinchè, per via della stampa e della vendita di scritti dannosi, non venga minacciata la sicurezza dello Stato e dei cittadini.

p 491

b) Questa è la origine della ‹ Bücherpolizei › e delle ‹ Zensurgesetze ›. In sè e per sè c'è la sua giustizia che questi oggetti in nessun modo siano indegni della attenzione dello Stato, precipuamente ai nostri giorni, in cui la professione di autore è diventata un mestiere, ed in cui la classe che legge è tanto aumentata, che non solamente il dotto od altrimenti la persona perfezionatasi con l'istruzione si occupa di leggere, ma molto spesso ciò fanno anche artigiani, lavoranti, servitori ed altre classi inferiori del popolo.

Col libro quindi potrebbero farsi in modo incredibilmente rapido circolare idee, opinioni e princìpi riempendo con le stesse una grande quantità di teste. Se ora queste idee, queste opinioni, queste massime riguardano oggetti che hanno immediato rapporto colla vita civile ed esse sono inesatte o moralmente cattive allora la loro diffusione diverrebbe dannosa all'ordine ed alla sicurezza pubblica in modo particolare. Non si può quindi negare allo Stato il diritto — cosa, questa, che anche i difensori di una illimitata libertà di stampa non potrebbero contestare — di prevenire per quanto è possibile, mercè l'impedimento della stampa e della diffusione di scritti dannosi, i pericoli da temere per esso e per i suoi cittadini. Ciò accade precipuamente mercè le ‹ Zensurgesetze ›, le quali ordinano che nello Stato nulla debba venire stampato, che prima non sia stato sottoposto all'esame di persone a ciò proposte e dalle stesse sia stato riconosciuto per non dannoso e non preoccupante.

Non vi è forse alcuna categoria di leggi di polizia, la quale, come queste, richiedano un così alto grado di cautela e di prudenza nella loro concezione e nella loro applicazione. Le seguenti considerazioni ce ne convinceranno: || p 492

1. Il diritto di partecipare ad altri il proprio pensiero e di farsi partecipare quello degli altri è uno dei primi e più naturali diritti dell'uomo, perchè esso procede dall'impulso alla socievolezza che il Creatore ha posto in tutte le nostre anime. Questo diritto della comunicazione scritta viene molto limitato per via della censura. Una simile limitazione può quindi solamente allora essere legale, se dalla permessa comunicazione è da temere, con un preponderante grado di probabilità, un considerevole pericolo per lo Stato ed i suoi cittadini.

2. È massima fondamentale della polizia che il danno il quale deve essere evitato mediante una legge di polizia deve essere molto più considerevole che non lo svantaggio che ai singoli od alla collettività deriva da tale limitazione. Questo principio, massimamente in materia di ‹ Bücherpolizei ›, è della più grande importanza. È incontestabile che i libri sono il mezzo più efficace per diffondere verità ed utili notizie attraverso tutte le classi del popolo, per illuminare l'intelletto, per allargare i confini della conoscenza umana, per nobilitare cuore e sentimenti, e per innalzare un popolo ai più alti gradini della cultura, che tanto contribuisce alla grandezza ed alla interna forza di uno Stato. Se è certo che l'animo dell'uomo è la parte più nobile e più degna della sua esistenza, e che la conoscenza della verità è quel bene al quale l'uomo in grazia del mai quieto impulso posto in lui dal Creatore della sua natura costantemente aspira e deve aspirare; così è anche certo che la più opprimente ed ingiusta specie di tirannia sia quella la quale vuole porre costrizione al patrimonio di conoscenze dell'uomo e, colla violenza, a lui vuole impedire di soddisfare la sua sete di verità. Lo Stato si espone al pericolo di una simile oppressione mercè la emanazione di ‹ Zensurgesetze ›, se queste non vengono concepite colla più estrema circospezione e prudenza. È bensì vero che il fine della censura è solamente di impedire la diffusione di idee, principi ed opinioni dannose. Ma coloro che devono giudicare se il contenuto di un libro sia di questa specie, sono pur essi uomini soggetti ad errore ed a pregiudizi, come tutti i loro fratelli. Non tutto è falso, ciò che contraddice certe opinioni e certe idee ricevute: non tutto è dannoso, ciò che espone il poco fondamento di questo o di quel pregiudizio, di questa o di quella usurpazione. Al tempo in cui Lutero cominciò la sua riforma era opinione universalmente accolta che al di fuori della Chiesa cattolica non fosse da sperare alcuna eterna felicità; che quegli il quale ponesse in dubbio la infallibilità del Papa e la autorità dei Concili, intaccasse la Religione stessa; che nessuno potesse essere un buon uomo ed un buon cittadino se non credeva nella transustanziazione, nell'indulgenza dei peccati, nel culto dei Santi come a verità fondamentali della Religione. || Se dunque allora i governi fossero venuti nel pensiero di opprimere gli scritti di Lutero e dei suoi successori nei quali tutte queste opinioni venivano attaccate e contraddette, e fossero a ciò essi riusciti, cosa sarebbe stato della Riforma? chi tutto l'uman genere e persino i paesi rimasti cattolici avrebbero dovuto ringraziare? p 493

Ci fu un tempo in cui venne ritenuta per una affermazione assurda oltre che irreligiosa che il sole stesse fermo e che la terra si movesse intorno ad esso ed in cui i difensori di questa opinione, particolarmente il famoso Galilei, erano esposti alle più dure persecuzioni. Cosa sarebbe stato della astronomia, dei viaggi per mare, del commercio e di altre attività, se si fosse voluto e potuto impedire la diffusione di questa verità?

Vi fu un tempo in cui persino questo venne considerato come esempio della più perversa scellerataggine: in cui si considerava per un dichiarato nemico della Bibbia, chi ardiva affermare che un Socrate, un Tito, un Antonio fossero diventati beati e che, pur vissuti ai loro tempi, avessero potuto conservare una felice sorte nell'al-di-Là, mentre oggi anche il più severo ortodosso, non oserà più indicare a questi famosi e virtuosi pagani l'inferno come luogo del loro soggiorno.

Ci fu un tempo, ed io me ne ricordo ancora, in cui la inoculazione del vaiolo venne ritenuta una peccaminosa ed altamente sacrilega intromissione nelle disposizioni della Divina Provvidenza, proclamandosi ciò perfino dal pulpito. Purtuttavia, da allora, questo metodo ha mantenuto in vita più che centomila bambini e con essi ha conservato altrettanti utili cittadini allo Stato.

Ci fu infine un tempo, tanto per ricordare ancora un esempio, in cui i principi ed i loro ministri ritennero per grandemente pericoloso che i doveri della ‹ Obergewalt › nello Stato ed i diritti dei cittadini venissero fatti oggetto di trattazione di pubbliche discussioni in libri e scritti; che uno scrittore si facesse venire in mente di affermare e, peggio ancora, di provare che non il popolo era qui per il principe, ma il principe per il popolo; che i diritti del principe si fondano non su una immediata divina istituzione, ma sul suo dovere di fare felice il suo popolo; e che il principe, non appena diventa tiranno, perde il diritto di esigere obbedienza dai suoi sudditi.

Cionondimeno dal momento in cui queste opinioni, particolarmente sotto la protezione e secondo l'esempio di Federico il Grande, più chiaramente e coraggiosamente hanno potuto venire esposte, possiamo || datare il periodo in cui i nostri principi hanno cominciato ad occuparsi di più della felicità del loro popolo, ad avere cura della naturale e civile libertà, a governare soavemente, benignamente e beneficamente, a fondare la saldezza del loro trono più sulla affezione del loro popolo e sulla sua interna convinzione del bene dello Stato, che su una cieca ubbidienza. Questi esempi mostrano quanto sia pericoloso volere impedire colla forza e con dure leggi di censura la diffusione di idee e di princìpi semplicemente a cagione di ciò, perchè essi, secondo la esistente opinione comune, vengono ritenuti per erronee e dannose, e come grande sia il pericolo al quale si espone lo Stato di soffocare grandi ed utili verità volendo impedire dannosi errori.

p 494

Non una volta lo Stato può proibire il pubblico giudizio e la contestazione di proprie ‹ Landesgesetze › senza esporsi a questo pericolo, poichè anche le leggi potrebbero essere dannose e difettose e di fatto lo sono spesso. Allo Stato accade spesso quindi un beneficio, se lo scrittore pensoso ed imparziale può fare accorto il principe od i suoi ministri su questi errori. È risaputo che, ancora nel secolo passato e persino

all'inizio del secolo presente, molte povere innocenti donne sono state bruciate come streghe, e che ciò accadeva sulla base di vere leggi, le quali consideravano per compagno di Satana e condannavano al fuoco la persona la quale portava in sè certi contrassegni, o che era abituata a fare gesti fuor del comune, se essa non poteva reggere a certe prove accuratamente stabilite. Parimenti la tortura era prescritta in leggi positive ed anche i gradi della stessa erano molto precisamente ed accuratamente determinati. Se ora alla ragione ed ai suoi organi, cioè agli scrittori, non fosse stato permesso di ribellarsi contro queste leggi, Thomasius in Halle, che Federico il Grande per questo ha immortalato nelle sue opere, non avrebbe potuto svelare l'irrazionale, l'innaturale, l'assurdo dei così detti < Hexenprocesse > (processi alle streghe) nei suoi scritti, e noi ancor oggi vedremmo più di una onesta vecchia donna considerata come strega salire sul rogo, e più di un innocente salire dalla camera della tortura al patibolo.

Anche qui si fa evidente quanto ampî debbano essere i confini che sono da porre alla libertà di stampa, se lo Stato non vuole correre il rischio, per via di troppo strette norme delle stesse, di privarsi dei vantaggi che sono tutte le volte legati || alla diffusione di verità e di utili conoscenze. p 495

3. È una massima fondamentale dell'arte di governo che lo Stato nulla debba intraprendere se esso non può prevedere di poter raggiungere lo scopo che vuole raggiungere. Per vero lo Stato in imprese tentate e dopo fallite perde tutte le volte il suo prestigio e la sua stima presso i cittadini e gli stranieri, poichè esse tutte le volte vengono considerate come sconsideratezze o debolezze. Questa massima merita, particolarmente nella materia delle leggi di censura, accurata attenzione. Secondo la situazione nella quale oggi le cose si trovano, secondo il grado della < Aufklärung > e della cultura al quale i popoli nella maggior parte dei paesi d'Europa ormai sono arrivati; secondo l'organizzazione della stampa e del commercio librario particolarmente in Germania, è da considerarsi impossibile che un qualsiasi governo possa essere in grado di impedire la circolazione e la diffusione di certe idee e di certe opinioni sia pure mercè le più rigide leggi di censura. Quasi in ognuno dei 300 < Länder > e < Länderchen >, dai quali è composto lo < Heiliges Römisches Reich deutscher Nation > esistono una o più stamperie, parte delle quali non stanno sotto alcuna censura o sotto diversa sorveglianza. Se dunque anche un Principe tedesco proibisse la stampa di certi scritti nei suoi Stati non gli sarebbe possibile di impedire che questi scritti vengano ugualmente stampati in altri paesi. Parimenti impossibile sarebbe per lui proibire la introduzione degli stessi nei suoi Stati, perchè a questo scopo sono a disposizione migliaia di vie. È risaputo quali accurati e costosi istituti sono stati creati per impedire la introduzione di merci di contrabbando nei nostri paesi, e tuttavia quotidianamente si odono alte lagnanze contro la insufficienza degli stessi. Il contrabbando di libri è molto più facile da commettere e molto più difficile da prevenire di qualsiasi altro, e lo Stato austriaco ce ne offre la prova, perchè la introduzione di libri proibiti non ha mai potuto in esso venire impedita nonostante i più severi ed oppressivi istituti adottati in proposito sotto Maria Teresa.

Poichè ora, oltre a ciò, è nella natura dell'anima umana che essa tanto più ardentemente aspiri ad una cosa che essa ha considerato come oggetto dei suoi desideri ed altresì come un bene, e tanto maggiore valore le attribuisca quanto più viene ostacolata nel suo conseguimento; così il governo, mercè la proibizione di un libro, a tanto meno perviene, in quanto che tale libro proibito tanto più zelantemente viene ricercato e tanto più avidamente letto. Così è avvenuto che diverse operette in sè insignificanti, le quali sarebbero rimaste affidate, del tutto non lette, || alla corrente della dimenticanza, hanno fatto una grande ed universale sensazione solo perchè il governo le ha trovate abbastanza importanti per emanare contro di esse un ‹ Verbotgesetz ›.

p 496

Questo è un nuovo motivo che deve trattenere un governo dal decidersi troppo facilmente a leggi di censura ed a proibizioni di libri.

4. Infine si collega alle precedenti anche la seguente considerazione. Il pericolo che può derivare da una troppo estesa libertà di stampa non è poi così grande come a prima vista potrebbe apparire. Questo pericolo, come generalmente si ritiene in proposito, deve incombere o sullo Stato o sulla Religione. Il presunto pericolo per la Religione è infondato. È una massima sicuramente confermata dalla esperienza di molti secoli, che la verità non possa diversamente guadagnarsi se non quando viene esaminata ed attaccata. Ogni attacco genera difesa e se la massima religiosa attaccata è veramente verità, non può assolutamente non avvenire che i suoi difensori non debbano ben presto ottenere il sopravvento sopra i loro avversari. Così la Religione Cristiana non è stata mai tanto violentemente attaccata come all'incerca negli ultimi 50 anni. Ma proprio in questo periodo le sue Verità fondamentali sono state di nuovo difese con così nuove e forti prove, che esse ormai stanno salde ed incrollabili contro tutti gli altri attacchi. Parimenti il pericolo contro lo Stato viene rappresentato molto più grande di quanto sia realmente. Un simile pericolo dovrebbe temersi solo dalla massa, la quale però agisce secondo opinioni speculative o principi solo nel numero minore dei casi. Per vero, come Federico il Grande dice, l'uomo è «un animal d'habitude», una creatura la quale prosegue tranquillamente lungo il consueto cammino sintanto che particolari circostanze od avvenimenti lo strappano per così dire con violenza dalla solita via dando alle sue azioni un'altra direzione. Perciò, sintanto che lo Stato ha buone leggi; sintanto che il Principe sorveglia sulla osservanza di queste leggi e su una imparziale amministrazione giudiziaria con cura fedele; sintanto che egli non diventa un despota, non opprime i suoi sudditi con pesanti imposte, non dissipa il loro sangue ed il loro sudore, ovvero lo fa dissipare da indegni favoriti; fintanto che si cura che i veri bisogni della vita si possano soddisfare in sufficiente misura ed a buon prezzo e che ognuno il quale voglia e possa lavorare abbia la occasione di procacciarsi il suo sostentamento; egli potrà essere tranquillo in riguardo a tutte le idee speculative che possano diffondersi nelle teste dei suoi sudditi, e potrà anche completamente star sicuro che la più eloquente declamazione || contro le costituzioni monarchiche, ed i più brillanti panegirici della libertà repubblicana non muoveranno a rivolta il più piccolo villaggio di tutto il

p 497

suo Stato. Se però egli manca a queste esigenze, allora anche le leggi di censura e le proibizioni dei libri non gioveranno a nulla: il popolo oppresso e, sino ad un certo punto portato alla disperazione, si rivolterà senza sapere una parola di ciò che Hobbes, Milton, Rousseau, Mounier ed altri hanno detto e scritto sul diritto di una nazione di resistere al tiranno. Del tutto infondatamente si pone quindi l'attuale Rivoluzione in Francia a carico di una così detta filosofia, che si sarebbe diffusa nella massa della popolazione francese mediante gli scritti di Rousseau, Mably ed altri. Il disordine finanziario, la dura pressione di imposte smodate, la prodigalità della Corte, di amanti, di favoriti, l'arbitrario dispotismo che venne esercitato contro la persona, la libertà ed il patrimonio di singoli cittadini da ambiziosi ed avidi ministri sotto la indulgenza di un Principe debole: queste sono le vere ed uniche fonti della Rivoluzione. Si può concedere che essa abbia ricevuto una certa direzione attraverso quelle opinioni filosofiche, che essa altrimenti non avrebbe preso. Ma la Rivoluzione sarebbe sempre sorta anche se mai un Rousseau, un Mably od un Mounier fossero esistiti o non avessero scritto, così come una volta essa è sorta a Costantinopoli ed a St. Petersburg, poichè non si vorrà certo rinfacciare a queste nazioni di essere state contagiate dalle opinioni filosofiche di questi scrittori.

Tutte queste considerazioni portano a ciò, che per lo Stato è estremamente consigliabile di non prescrivere alla libertà di stampa alcuna legge e di contentarsi solo di ciò, che ogni scrittore, il quale veramente nelle sue opere ha offeso lo Stato od altri, venga portato per questo a responsabilità ed a pena. Tale è la costituzione in Inghilterra, e non si trova che per via di ciò la Religione o lo Stato vengano pregiudicati. Io non arrischio di anticipare a Vostra Altezza Reale un personale giudizio su di ciò, ma solamente osservo che esistono nello Stato prussiano delle leggi di censura, le quali tuttavia sono così eque e miti, da poter affermare che sempre è esistita una moderata libertà di pensiero e di stampa.

È cioè, da noi, proibito stampare libri che siano contrari ai principi fondamentali della Religione, o che siano indirizzati contro lo Stato e contro i buoni costumi. Sotto i principi fondamentali della Religione si comprendono quelli che in tutte le Religioni vengono riconosciuti || e che potrebbero avere una immediata influenza sulle azioni degli uomini. Essi sono: che Dio esiste; che questo Altissimo Essere si preoccupa degli uomini e delle loro azioni; che l'Anima è immortale; che fra virtù e vizio vi è una sostanziale differenza; che lo stato dopo la morte è gradevole e felice per il virtuoso, triste e misero, invece, per il malvagio. Fra gli scritti contro lo Stato si comprendono quelli che sollevano il popolo contro la persona del sovrano rendendolo odiato o spregevole ai suoi sudditi, ovvero che, altrimenti, addirittura stimolano il popolo alla disubbidienza ed alla sollevazione, ovvero che attaccano quelle norme fondamentali dello Stato sulle quali sostanzialmente riposa la sicurezza dello stesso. Tra gli scritti infine contro i buoni costumi si comprendono quelli per mezzo dei quali vengono date istruzioni ed indicazioni per certe specie di vizi di comune danno, ovvero quelli nei quali certi vizi, per esempio la lussuria, vengono esposti con così allettanti e lubriche immagini che, con fondamento, c'è da temere possa av-

P 498

venire la seduzione della gioventù spingendola a dannose dissolutezze. Questi sono i soli scritti di cui in questo paese è proibita la stampa e la diffusione. Sintanto che lo Stato si tiene fermo a queste massime, non si potrà fare rimprovero di ingiustizia alle sue leggi sulla censura. Dovesse però la censura andare oltre; dovesse cominciarsi però a considerare questa o quella critica ad una particolare dottrina di una certa professione religiosa come un attacco alla religione stessa; il modesto esame di questa o di quella singola ordinanza od istituzione come un attacco alla sicurezza ed alla tranquillità dello Stato, allora si verificherebbe la ipotesi in cui lo Stato da codeste esagerate leggi di censura avrebbe da temere tutte quelle svantaggiose conseguenze cui sopra abbiamo accennato.

C) Io non posso abbandonare questa importante materia delle leggi di polizia senza avere dimostrato la necessità della cautela e della prudenza da osservarsi in esse con un altro esempio di diversa specie.

Noi abbiamo già sopra notato che uno dei più importanti oggetti della ‹ Staatspolizei › è di dirigere le diverse attività economiche ed i mestieri in modo che possano insieme coesistere, togliendo di mezzo gli ostacoli che si oppongono al loro sviluppo. Fabbriche e commercio sono incontestabilmente tra queste specie di attività e, per di più, fra le più importanti, ed abbisognano al massimo della cura dello Stato, il cui influsso nella agricultura e negli ordinari mestieri non è, invece, così necessario. Tra i mezzi che i governi hanno scelto || per promuovere il fiorire delle fabbriche e del commercio si segnalano soprattutto i divieti di importazione ed i monopoli. Ambedue possono venire considerati sotto doppio aspetto, in quanto cioè essi siano conformi allo scopo ed in quanto siano conformi al diritto.

p 499

Solamente l'ultimo aspetto qui ci interessa. Se lo Stato vuole aprire qualche fabbrica, egli proibisce la introduzione di merci straniere ‹ sic et simpliciter ›, ovvero egli grava queste merci di una forte imposta. La intenzione è quella di assicurare ai fabbricanti lo spaccio delle loro merci e di porli in grado di poterle vendere per un tale prezzo, per il quale siano remunerate le sue spese e la sua fatica, e venga sospinta la sua industria a nuovi sforzi. Una simile legge limita quindi la libertà del cittadino di prendere merci dove egli vuole ed è, in particolare, svantaggiosa al privato, perchè, per via di tali leggi, i prezzi quasi sicuramente aumentano. Il buon mercato delle merci sorge solo dalla concorrenza di molti venditori, ond'è che, quanto più viene limitato il loro numero, tanto più in alto salgono i prezzi. Ciò non di meno si errerebbe se si volessero spacciare per ingiuste tutte queste leggi proibitive. Si deve quindi fare una distinzione tra le specie di merci la cui importazione dall'estero viene vietata per il favoreggiamento di fabbriche nostre. Queste servono o solamente al lusso, allo sfarzo, alla moda, ovvero servono alla soddisfazione di veri bisogni di molte classi del popolo, cioè per il loro vitto, il loro vestiario, la loro abitazione e così via; ovvero servono per i materiali o gli utensili indispensabili per il loro commercio.

Lo Stato è autorizzato, senza esitare, a proibire merci straniere di lusso, di sfarzo, o di moda al fine di aiutare con ciò le fabbriche nazionali, perchè lo svantaggio che

sorge per le classi del popolo più ricche e più elevate, che cioè esse devono prendere queste merci dalle fabbriche nostrane forse un poco di minore buona qualità e ad un prezzo un poco più alto di quello che pagherebbero se fosse libera la introduzione di merci straniere, è infinitamente minore del vantaggio che viene da ciò a tutti quanti, se una quantità di mani in una ‹ Landesfabrik ›, la quale, senza una simile legge proibitiva che io presuppongo, non potrebbe esistere, viene utilmente occupata, aumentando la ricchezza del paese. Quegli il quale non trova conformi al suo gusto le merci proprie ovvero trova troppo alto il loro prezzo, ha sempre la libertà di astenersene completamente, poichè esse, come noi supponiamo, non appartengono nè ai veri bisogni, nè alle più consuete comodità della vita.

La giustizia || quindi non ricorderà mai nulla contro le leggi proibitive di questa specie e lascierà del tutto alla politica di giudicare della loro utilità e della loro opportunità. Diversamente si presenta il caso se si tratta di merci che riguardano veri bisogni ovvero le comodità della vita. Qui il vantaggio che deriva da tali leggi proibitive a taluni fabbricanti, sempre pochi nei confronti della collettività, entra in collisione coi danni che tutti gli altri cittadini soffrono per via di una siffatta limitazione se essi devono soddisfare i loro indispensabili bisogni o con beni scadenti o di più caro prezzo. Fintanto perciò che il principe non può essere rassicurato che le fabbriche del suo paese non produrranno o potranno produrre le stesse merci di uguale bontà e dello stesso prezzo, come è possibile agli stranieri di fornire, egli non potrà, senza commettere ingiustizia, proibire l'introduzione di merci straniere. Se si verifica tuttavia quel presupposto, ancora allora raramente abbisognerà il divieto di legge, perchè lo straniero, in quel caso, rimarrà da solo colle sue merci a casa, non potendo sostenere il prezzo col fabbricante del paese, il quale ha su di lui tanti vantaggi come la vicinanza, i minori costi di trasporto e così via. I divieti di introduzione sono quindi ingiusti se agli abitanti del paese peggiorano o rincarano la soddisfazione dei loro bisogni; ma sono giusti se lo Stato con essi vuole favorire i fabbricanti esclusivamente a spese del lusso, dello sfarzo o della moda. p 500

D) Molto meno che per i divieti di importazione, c'è da parlare per la difesa dei monopoli. Monopoli si dicono quelle leggi per via delle quali la fabbricazione od il commercio di una certa specie di merci o di commerci viene attribuita in via esclusiva ad una sola persona o ad una sola società in modo che sia proibito agli altri abitanti di fabbricare le stesse merci o di farne commercio. Simili monopoli si ha cura generalmente di concedere, se la intrapresa di una tale fabbrica o di un tale commercio richiede grandi spese ovvero se tale impresa, a cagione di particolari esistenti circostanze, è sottoposta ad un gran rischio. Esempio delle fabbriche di zucchero. Tutti i motivi che si adducono a difesa dei monopoli non potrebbero difendere agli occhi della giustizia la loro concessione non appena essi diventano permanenti. Essi, anzitutto, hanno contro di sè tutto quanto sopra è stato addotto generalmente contro i divieti di importazione. Se non solamente viene proibita la importazione di tutte le merci straniere di una certa specie, ma anche viene limitata la fabbricazione della

stessa all'interno del paese ad una sola persona o società; allora immancabilmente p 501 tutto il pubblico || deve, sotto una tale ‹ Zwanggesetz ›, sia in riguardo alla bontà, sia in riguardo al prezzo delle merci, perdere molto di più di quanto perderebbe se solamente il fabbricante straniero fosse escluso, ma la fabbricazione di questa merce fosse lecita ad ognuno. Ma ciò che manifesta la ingiustizia dei monopoli nella maniera che più dà all'occhio è la considerazione che una simile legge chiude ad ogni abitante in favore del monopolista una via dalla quale egli avrebbe potuto trovare il suo sostentamento e colla quale avrebbe potuto procacciarsi il proprio benessere. Questa è una immediata aggressione al diritto naturale di ogni uomo, di potere liberamente applicare le sue capacità e le sue forze per il promovimento del suo benessere senza danneggiare gli altri. Non si può quindi trascurare di indagare con quale fondamento possa venire difeso il monopolio in una costituzione statuale ben organizzata. Il così detto ‹ Staatsinteresse › non può qui venire addotto poichè questo, se non deve essere un semplice suono, non può mai trovarsi in contrasto con il benessere dei singoli, in quanto è e rimane una eterna verità che lo Stato possa limitare la libertà dei suoi cittadini solo di quel tanto che è necessario affinchè la sicurezza e la libertà di tutti possano con essa coesistere. Lo Stato quindi non può concedere monopoli, e se esso nondimeno lo ha fatto, tuttavia è sempre autorizzato a revocare in qualsiasi tempo una tale limitazione dei suoi cittadini che, è contraria al diritto. Lo obbligheranno solamente, a dire la verità, i princìpi della giustizia e della equità in altro luogo esposti: e, per vero, nel caso in cui, sul fondamento della assicurazione a lui data dallo Stato, il monopolista abbia fatto spese che a lui non sono state rimborsate dal sin qui goduto vantaggio, ed il cui rimborso non ha certo da sperare dopo la soppressione del monopolio, lo Stato dovrà risarcire il monopolista, accollandosi pertanto le conseguenze svantaggiose del suo errore commesso concedendo il monopolio.

6.

Le più numerose ed importanti di tutte le associazioni che noi notiamo nello Stato e che quindi devono essere soggette alla sua ‹ Oberaufsicht › (sorveglianza) p 502 sono le associazioni religiose. || Associazioni religiose sono quelle che si sono formate per un comune culto verso Dio. Il culto verso Dio viene determinato mediante le idee che noi ci possiamo fare di Dio, della Sua Essenza, delle Sue Qualità e dei nostri rapporti con Lui. La diversità delle religioni sorge quindi dalla diversità di queste idee, nonchè da quella dei modi secondo i quali può venire manifestata la venerazione che noi mostriamo a Dio. Tutte le esterne azioni che per testimonianza di questa venerazione vengono compiute si chiamano ‹ Religionsübungen › (atti di culto).

7.

Il rapporto dello Stato nei confronti delle società religiose è della maggiore importanza. Ai tempi della introduzione del Cristianesimo il rapporto era meno importante poichè allora la pubblica religione consisteva quasi solamente in cerimonie esterne le quali sulla vita pratica non avevano quasi alcun peso od al massimo avevano un influsso molto insignificante. Alle opinioni dottrinali ed ai principi morali non si faceva caso: la religione non aveva perciò nessuna influenza sulla vita civile, e lo Stato non aveva necessità di preoccuparsi troppo dell'intimo della stessa. Esso si limitava a ciò, che le cerimonie religiose appartenenti alla religione del paese dovessero convenevolmente venire osservate e che le associazioni per la celebrazione di tali riti, non potessero venire molestate o disturbate da alcuno. Quando però sorse il Cristianesimo e dopo un lungo combattimento esso divenne la universale e dominante Religione quasi in tutto il mondo civile, allora la Religione acquistò una maggiore importanza per lo Stato. Secondo la dottrina del Cristianesimo le cerimonie e le esterne solennità non sono l'essenza della Religione, perchè questa consiste: in idee ed in precetti che devono essere fatti conoscere all'intelletto e che riguardano Dio, la Sua Essenza, le Sue Qualità, le Sue Opere ed i Suoi rapporti con l'uomo; in doveri morali e nei motivi che li concernono quali devonsi dedurre da quelle idee; in certi esercizi mediante i quali le idee ed i precetti presenti all'intelletto, nonchè i doveri unitamente ai motivi che li riguardano devono venire impressi nell'animo e vivacemente conservati mediante il Volere.

Poichè una Religione di questa specie può avere il più importante influsso sulla vita civile, così la vigilanza dello Stato è pienamente giustificata, ed è molto importante per lo Stato che il rapporto delle associazioni religiose nei confronti della società civile sia preciso.

Nella determinazione || di questo rapporto l'intelletto umano è caduto nei più grandi e deplorevoli errori. In un certo tempo le associazioni religiose (‹ die Religionsgesellschaften ›) si sono considerate del tutto estranee allo Stato, sottratte alla sua sorveglianza ed ai suoi ordinamenti, e non hanno voluto ammettere che la loro riunione, come tale, dovesse essere subordinata a quella della società civile: esse hanno voluto quindi formare ‹ Statum in Statu ›. Questi erano i tempi della supremazia del Papa. p 503

In altri tempi i Principi hanno di nuovo ampiamente esteso i loro diritti sulla Religione e sulle società religiose. Essi si sono arrogati un potere sulle coscienze ed hanno voluto, mediante leggi, determinare le opinioni religiose dei loro sudditi; quelli di costoro che si allontanavano da queste opinioni non solamente vedevansi rifiutati i diritti ed i vantaggi della civile società, ma si vedevano anche perseguitati come nemici; non di rado hanno anche, i Principi, voluto costringere i sudditi al cambiamento delle loro opinioni e delle loro convinzioni mediante torture e violenza. Questa è la origine delle ‹ Religionskriege › le quali hanno desolato quasi tutta Europa. ‹ Bürgerkriege ›.

Anche oggi domina questa materia una congerie di confuse idee e di inesatte massime, le quali, se pure non provocano più guerre sanguinose ovvero minacciano immediatamente la sicurezza della civile società, tuttavia creano una quantità di inutili ed odiose limitazioni della naturale e civile libertà; ostacolano i progressi della cultura, dell'intelligenza e delle scienze; spandono negli animi il seme del malcontento, che rende difficile il raggiungimento del fine dello Stato, al qual fine invece tanto può contribuire una soddisfatta e volonterosa ubbidienza da parte dei sudditi. È quindi argomento importantissimo, quello di correggere questi concetti.

a) Idee ed opinioni;
b) doveri e motivi inerenti;
c) celebrazione del culto divino.

Alle idee ed opinioni noi non dobbiamo fare riferimento se non in quanto hanno influenza sulla vita pratica. Quanto al punto sub *b* esso è veramente il nostro soggetto. Questo, e l'argomento sub *c*, sono veramente la materia di cui lo Stato deve occuparsi.

Rapporti dello Stato:

1. come Stato;
2. come rappresentante della ‹ ecclesiastica potestas ›.

Quanto all'indagine sulla misura a cui i diritti dello Stato si estendono sulle società religiose, dobbiamo ben distinguere gli argomenti di cui queste ultime si occupano.

La Religione determina:

1. certi concetti e principi intorno alla natura di Dio, alle Sue qualità, alle Sue opere, al modo ed alla maniera come Egli si è manifestato agli uomini; intorno all'uomo, al suo rapporto con Dio, ed al suo stato dopo la morte. Questa parte della Religione proseguendo la nostra esposizione attuale, per amore di brevità potremo chiamare parte dogmatica o speculativa. La Religione determina inoltre:

2. certi doveri dell'uomo verso Dio, verso sè stesso, verso gli altri; essa inoltre deriva i motivi dell'agire dalle idee e dai principi. Questa parte della Religione si chiama parte morale o pratica;

3. la Religione prescrive le azioni esterne, mercè le quali gli uomini non solo manifestano la loro adorazione verso Dio, ma devono rafforzarsi nella conoscenza delle dottrine religiose così come nell'esercizio dei loro doveri. Tutto quanto entro ciò è compreso si chiama ‹ Gottesdienst ›, cioè culto divino.

In quale rapporto stanno le associazioni religiose rispetto a questo triplice oggetto della loro unione sotto la sorveglianza e l'influenza dello Stato? Al fine di rispondere esattamente e completamente a questa domanda noi dobbiamo considerare di nuovo lo Stato ed il Suo Capo sotto un duplice aspetto.

1. In quanto egli è solamente il capo della società civile;
2. in quanto egli, nello stesso tempo e sotto certe condizioni, può venire considerato capo della religione o della ‹ Kirchengesellschaft ›.

In quanto noi consideriamo il Principe solo come ‹ Oberhaupt › della società civile, tutti i suoi diritti sulle società religiose derivano dal diritto di sorveglianza (‹ Oberaufsicht ›) in forza del quale egli deve vegliare su ciò, che nello Stato nessuna società venga tollerata che sia contraria al fine dello Stato e possa minacciare la pubblica pace e la sicurezza. In forza di questo principio competono quindi allo Stato in via del tutto incontestabile i seguenti diritti sulle associazioni religiose:

1. ogni associazione religiosa nello Stato ha l'obbligo di dimostrare fedelmente al suo Capo quali opinioni su Dio e sulle Divine Cose essa professi, quali doveri essa nsegni ai suoi fedeli, e come venga praticato il suo culto esterno verso Dio;

2. lo Stato è autorizzato || ad esaminare questo sistema religioso a lui sottoposto ed in quanto lo trovi pericoloso per la sicurezza e la pace pubblica, a vietare la sua ulteriore diffusione od anche a sciogliere completamente la società che professa un tale pericoloso sistema; p 505

3. lo Stato è autorizzato a pretendere che le professioni religiose da lui accolte: o sollenizzino del tutto pubblicamente il loro ‹ Gottesdienst › così che tutti possano accedere alle loro riunioni; ovvero, quanto meno, se il sistema di una tale professione religiosa non permette pubbliche riunioni, che non sia impedito ai funzionari od agli ispettori dello Stato l'ingresso alle particolari riunioni della professione stessa;

4. lo Stato è autorizzato a pretendere che gli insegnanti ed i Capi delle professioni religiose vengano resi a lui noti e che nessun capo venga nominato senza sua saputa e gradimento. Per vero importa molto allo Stato che simili insegnanti e capi religiosi, i quali hanno il più grande influsso sul modo di pensare e sui sentimenti dei loro uditori, siano persone sui cui fedeli e sicuri sentimenti verso lo Stato non si abbia ragione di dubitare;

5. nessuna professione religiosa può arrogarsi i diritti esterni di una corporazione, se codesti non siano stati attribuiti dallo Stato. Questi diritti così concessi possono venire esercitati solo secondo le leggi dello Stato e sotto la sorveglianza della polizia e del potere giudiziario dello stesso;

6. lo Stato è autorizzato ad esercitare la sorveglianza anche sopra il patrimonio delle pubbliche associazioni religiose, a vigilare sulla sua conservazione, nonchè sull'uso di esso, affinchè codesto sia consono allo scopo. Con una ‹ Amortisationsgesetz › può infine impedire che un eccessivo aumento od accumulo di questo patrimonio, riesca svantaggioso al bene comune;

7. poichè nello Stato vi sono sempre diverse professioni religiose tra le quali costantemente esistono controversie, così lo Stato è autorizzato a sorvegliare che queste controversie non si tramutino in disordini civili, per via dei quali possa venire turbata la sicurezza pubblica e l'ordine; e che anzi venga scansato tutto ciò che possa dare motivo a tali disordini. Da ciò consegue anche:

8. l'obbligo dello Stato di proteggere ogni professione religiosa da lui accolta nei diritti concessi alla stessa e nel pacifico esercizio delle manifestazioni del suo Servizio Divino.

All'incontrario, dal concetto della ‹ Oberaufsicht › nonchè dai principi testè esposti p 506 || scaturiscono le seguenti limitazioni del diritto dello Stato riguardo alle professioni religiose.

1. Lo Stato non può mai essere autorizzato, nemmeno sotto qualsiasi circostanza, a prescrivere ad una professione religiosa il modo come essa deve insegnare, e come deve svolgere il suo ‹ Gottesdienst ›. È stato più volte ricordato e dimostrato che opinioni e sentimenti stanno fuori del potere legislativo, e che la più dura tirannia è quella che viene esercitata sopra l'intelletto e la coscienza dell'uomo. È impossibile di comandare ad un'anima cosa essa deve riconoscere e cosa deve credere. Solo una libera applicazione delle forze dell'intelletto può operare la cognizione mentre solo il convincimento porta alla Fede. Lo Stato mercè precetti dottrinari può fare solo degli ipocriti, e, se egli esige la confessione di tali precetti mediante la violenza, diventa persecutore. Il diritto della ‹ Oberaufsicht ›, come sopra abbiamo visto, è semplicemente negativo. Lo Stato non può mai prescrivere ad una società religiosa cosa deve fare: egli può solo ordinarle cosa deve tralasciare. Lo Stato è quindi tenuto ad accordare la più completa libertà di coscienza ad ognuno dei suoi sudditi, professi egli quella qualsiasi religione che egli vuole.

2. Lo Stato non può mai proibire l'esercizio di una Religione solamente a causa delle sue massime dogmatiche; esso non può ad alcuna professione religiosa, solamente per questo motivo, non riconoscere la ammissione, ovvero, a cagione dello stesso, sopprimerne un'altra. Semplici idee od opinioni dogmatiche intorno a Dio ed alle Cose Divine, intorno al rapporto dell'uomo verso la Divinità, del suo stato dopo la morte, per quanto falsi ed erronei possano essere, non potranno mai avere un deleterio influsso sulla vita civile e sui doveri che un uomo è tenuto ad osservare verso i suoi simili e verso lo Stato. Questi doveri in quanto sono ‹ Zwangspflichten › ed in quanto hanno un influsso sul mantenimento dell'ordine e della pace pubblica sono del tutto indipendenti da quelle opinioni speculative. Essi derivano dalla natura dell'uomo e dall'impulso che si trova in esso verso la felicità. Chiunque, pur avendo erronei concetti della Religione, può essere ugualmente un pacifico suddito ed un utile cittadino. Tutte le confessioni religiose, pur così diverse nei loro principi teorici, concordano completamente, in sostanza, nell'insegnamento dei doveri morali quanto meno nei limiti in cui codesti hanno riferimento allo Stato ed alla civile società. Federico il Grande dice nel suo trattato sopra gli errori del giudizio: p 507 « La felicità della società civile dipende non dal nostro || modo di pensare intorno alle materie speculative, ma dal nostro modo di agire » (*Dissertation sur l'innocence des erreurs de l'esprit*, in *Oeuvres de Frédéric le Grand* VIII 48). La esperienza e la storia di tutte le religioni conferma questa massima nel modo più evidente. Il pagano, il mussulmano, l'ebreo, il Cattolico, il Protestante, il deista e perfino l'ateo insegnano concordi che l'uomo è tenuto a non danneggiare il prossimo, ad ognuno dare il suo, ad adempiere i suoi contratti, ad evitare la frode nel commercio, ad ubbidire alle leggi ed a prestare ubbidienza alle autorità. A dire il vero, i motivi per cui queste diverse religioni deducono dai loro sistemi dottrinari l'adempimento di questi doveri sono

molto diversi nel loro valore e nel loro peso e non va negato che una Religione sia più idonea che non le altre a persuadere i suoi aderenti non solo ad adempiere ai doveri della giustizia ma anche a quelli della virtù della benevolenza, così da formare degli uomini imbevuti di tali principi in modo che ne viene favorita anche la civile e pubblica felicità in un grado eminente. Da ciò, tuttavia, nulla più deriva di questo, che lo Stato deve desiderare di vedere diffusa più che sia possibile tra i suoi cittadini una Religione dalla quale egli può aspettare un più completo raggiungimento dei suoi fini. Questo desiderio esso tuttavia può raggiungere solo mediante la istruzione e l'ammaestramento, mai mercè leggi o pene, perchè è interamente contrario alla natura dell'anima umana che Fede e convincimento possano essere fatte sorgere colla violenza e colla coazione. Poichè ora secondo i principi esposti e ricordati allorchè si parlò della legislazione, i diritti dello Stato si estendono solo alle azioni esterne dei suoi cittadini; e poichè anche le azioni esterne solamente in quanto riguardano obblighi della giustizia verso gli altri e verso lo Stato stesso, appartengono alla cognizione del Tribunale dello Stato, mentre i doveri della benevolenza da esso non potrebbero venire nè offerti nè ottenuti colla forza; poichè, come noi or ora abbiamo visto, i doveri della giustizia sono affatto indipendenti dalle opinioni religiose; così segue di per sè che lo Stato non può essere autorizzato: a costringere qualchesia dei suoi sudditi a seguire certe opinioni religiose; ovvero a perseguirlo perchè egli a queste opinioni rifiuta il suo consentimento mentre invece ne accoglie delle altre; ovvero ad impedire allo stesso a causa di ciò il godimento dei diritti civili. « Tutte le Religioni », dice Federico il Grande nella sua dissertazione sopra la religione e la superstizione, in rapporto ai doveri morali non si discostano molto l'una dall'altra; esse perciò devono essere per lo Stato tutte uguali così che codesto deve lasciare ad ogni individuo || la libertà di scegliersi il cammino con cui giungere al Cielo. Che egli sia un buon cittadino: questo è tutto ciò che da lui devesi pretendere » (*De la superstition et de la Religion*, in *Oeuvres de Frédéric le Grand* I 241-242). Se ora lo Stato non può impedire ai singoli di professare quella Religione, che essi ritengono la migliore secondo il loro modo di vedere ed il loro convincimento, così non può neanche proibire a coloro che concordano nelle loro opinioni religiose, che si uniscano per comuni esercizi religiosi formando così associazioni religiose. Lo Stato non è quindi autorizzato a rifiutare il permesso a qualchesia professione religiosa o ad opprimerla colla violenza ovvero a bandirla, solo perchè professa un credo che viene ritenuto falso od erroneo. Esso è tenuto, piuttosto, a sopportare nel suo grembo ogni Religione, permettendo ai fedeli della stessa il suo libero esercizio sintanto che esso non trova che questa religione annunzia dottrine morali che non possono esistere coll'ordine, colla pace e la sicurezza pubblica.

p 508

All'incontrario lo Stato è autorizzato ed obbligato, in grazia del diritto di alta sorveglianza a lui competente, ad applicare all'aspetto morale di ogni religione una più grande attenzione che non sulle dottrine speculative. Se ogni setta religiosa dovesse permettere e concedere ai suoi adepti di violare i doveri di giustizia e di naturale equità; se, cioè, permettesse che l'uomo per amore del suo vantaggio potesse dan-

neggiare i diritti altrui; se approvasse l'inganno e la slealtà; se proibisse l'ubbidienza alle leggi dello Stato, ovvero invitasse i cittadini di esso alla disubbidienza ed alla resistenza contro la loro autorità; è certo che lo Stato sarebbe pienamente autorizzato ad impedire la diffusione di una tale religione allontanando i suoi fedeli dai suoi confini. Se fosse fondato, per esempio, quanto venne addebitato ai Gesuiti, cosa, però, di cui essi non si sono mai dati pensiero, che il loro sistema religioso autorizza la slealtà nei confronti degli eretici, e giustifica persino il regicidio, ce ne sarebbe a sufficienza per giustificare pienamente tutti i provvedimenti emanati nei tempi moderni contro questo Ordine, compreso quello della sua completa distruzione. Fortunatamente, però, come già sopra venne osservato, quasi tutte le confessioni religiose, nonostante che esse divergano nei sistemi teorici l'una dall'altra, per quanto ha riguardo però ai doveri morali nonchè al contegno entro la civile società ed altresì per quanto, rapporto allo stessa, è essenziale, concordano l'una coll'altro. Anche in questa parte difficilmente lo Stato potrebbe trovare un motivo per rifiutare ad una quale che sia confessione religiosa || la sua protezione od applicare per la sua oppressione mezzi coattivi.

p 509

3. Per quanto infine riguarda l'esterno divino esercizio, si deduce di per sè che, se lo Stato secondo le anzidette regole è tenuto a sopportare un partito religioso, esso deve anche permettergli di manifestare l'adorazione del Sommo Essere nella maniera corrispondente ai suoi concetti religiosi. Lo Stato quindi deve concedere alle associazioni religiose che esse, in quel qualsiasi modo esse vogliano, possano organizzare il loro culto divino, e contentarsi di ciò, che, per via di tale culto, non venga turbato l'ordine e la pace pubblica.

Le considerazioni sopra esposte ci danno quindi il giusto concetto della tolleranza le cui regole sono le seguenti:

a) lo Stato deve tollerare ogni partito religioso le cui dottrine morali nulla contengono che sia contrario alla pace, alla sicurezza, ed all'ordine civile. Esso non deve opprimere nè perseguire alcuno degli stessi a cagione di opinioni puramente speculative;

b) esso deve ad ogni partito religioso da lui tollerato concedere il libero esercizio del suo culto divino secondo il suo sistema, sino a che questo non turba la pace e l'ordine pubblico;

c) ad ogni cittadino dello Stato deve essere data libertà di aderire a quella confessione religiosa, che egli meglio creda. Ciò deve essere assolutamente lasciato all'arbitrio del suo proprio sentimento e della sua convinzione;

d) lo Stato non deve escludere nessuno dai diritti e dai vantaggi della civile società solamente a cagione della sua professione religiosa. Chi adempie ai doveri di buon cittadino, a costui devono essere concessi i diritti relativi;

e) lo Stato non deve permettere che una confessione religiosa disturbi, opprima, e persegua le altre. Esso deve mettere limiti allo spirito di proselitismo e tenere fermo che la sopportazione che esso stesso concede a tutte le sette e partiti religiosi, anche

ognuna di queste usi nei confronti delle altre. Oltre queste essenziali massime ve ne sono altre, che in parte riposano sui contratti e sui diritti acquisiti in parte dipendono dall'arbitrio dello Stato e dalle regole, che ad esso somministra la saviezza secondo le circostanze di ogni volta. Così lo Stato può, senza agire contro le leggi della tolleranza:

1. Favorire ed appoggiare una religione sempre che questo favoreggiamento || non degeneri in una oppressione delle altre. I Cattolici in Slesia. Diezos in Prussia. p 510

2. Se l'esercizio della religione sia pubblico sia privato non è determinato con contratti, dipende dallo Stato il decidere quale specie di esercizio esso voglia accordare ad ognuna.

3. Se contratti e costituzioni esistono in questa materia, lo Stato è autorizzato a mantenere gli stessi ed esso non può, così operando, venire accusato di intolleranza.

4. Se un partito religioso ha principi dottrinari i quali non hanno — è vero — in sè nulla contro la pace e l'ordine pubblico, ma che tuttavia impediscono ai loro fedeli di partecipare ai doveri della società civile, un tale partito religioso non si può dolere se ad esso viene poi concessa una limitata partecipazione ai diritti della società, per esempio gli ebrei e memnonisti.

A) Un ‹ Landesherr › protestante non è autorizzato ad impartire immutabili precetti dottrinari alle ‹ Kirchengemeinden › nei suoi paesi, nonchè ai loro maestri e predicatori. Che egli non sia autorizzato a ciò dal diritto che a lui spetta dalla ‹ Oberaufsicht ›, deriva da solo quanto sopra abbiamo detto sui confini di questo diritto. Se esso realmente dovesse avere questo diritto, codesto avrebbe dovuto essergli trasferito dalle ‹ Kirchengemeinden ›. Ma non si può affermare affatto che le comunità religiose protestanti abbiano potuto e voluto attribuire al loro ‹ Landesherr › un tale diritto di emanare immutabili precetti. Esse non possono averlo voluto, poichè proprio per questo si separarono dalla Chiesa Cattolica, in quanto esse non vollero come questa riconoscere l'autorità del Papa, dei Concili e dei Padri della Chiesa in materia religiosa, ma affermarono che ognuno era tenuto ad ammettere solo quei principi religiosi che egli dalla Bibbia, mediante il proprio ragionevole esame, aveva intravisti e riconosciuti come veri. Esse, quindi, non potevano riconoscere alcun uomo come giudice in materia di Fede e non poteva essere loro intenzione nel trasferire al ‹ Landesherr › i loro diritti religiosi di carattere associativo, di volere comprendere nel trasferimento anche la autorizzazione ad emanare precetti immutabili di dottrina. Se essi perciò fecero pubblicare *Symbolische Bücher*, ciò accadde nella intenzione di esporre al ‹ Kayser › ed al ‹ Reichstag › una confessione del sistema religioso di allora, e di giustificarsi così contro le calunniose imputazioni dei loro avversari del Clero romano, i quali li incolpavano falsamente || delle più abominevoli ed insane opinioni, altamente pericolose per la pace e per la sicurezza pubblica. D'altra parte v'era qui la intenzione non solo di comporre le controversie allora sorte tra i teologi protestanti intorno a certe materie speculative le quali a cagione della troppo grande attenzione di cui le si giudicava degne, davano persino p 511

motivo a discussioni civili, ma di dare altresì una regola secondo la quale le parti allora in contrasto dovessero conportarsi per evitare ulteriori disordini nelle loro dissertazioni. Impossibile, perciò, deve essere stata la loro intenzione di attribuire a questi *Symbolische Bücher* una perpetua efficacia obbligatoria, nonostante il possibile cambiamento di convincimenti e di punti di vista. Poichè, se questo avessero voluto, essi si sarebbero contraddetti e la loro separazione dalla Chiesa romana sarebbesi dovuta riconoscere per insensata e senza fondamento. Proprio per questo, come si è detto, se ne vollero, infatti, distaccare, poichè ad essi codesta voleva fare prendere per forza come verità le decisioni del Pontefice, dei Concili e dei Padri della Chiesa contro il loro proprio convincimento. Posto però anche che le Comunità protestanti di allora fossero state capaci di una tale contraddizione, esse, di fatto, avrebbero stabilito essere i *Libri Simbolici* precetti immutabili, nonchè trasferito ai loro ‹ Landesherren › il diritto di vegliare sulla loro costante conservazione; ma un tale trasferimento sarebbe del tutto nullo e non vincolativo per i loro successori. Questo si deduce soprattutto dalla seguente osservazione. Nessuno può credere in qualcosa od esserne convinto se non la ritiene per verità. Riconoscere qualcosa per falso ed erroneo e tuttavia credere racchiude una contraddizione. Poichè ora l'intelletto umano è capace di una sempre più grande perfezione e così pure il grado della sua penetrazione è capace di un più costante perfezionamento, così nessuno si può obbligare a riconoscere perpetuamente per vero ciò che per vero oggi riconosce: molto meno quindi può accollare questo obbligo ai successori. Se ciò volesse fare, egli dovrebbe fare rinuncia ad ogni ulteriore uso delle sue conoscenze e dei suoi punti di vista. A ciò, però, nessun uomo è autorizzato, chè, anzi, così facendo, egli agirebbe contro i suoi primi e più naturali doveri, i quali lo stimolano al perfezionamento più grande possibile delle forze del suo animo, considerando ciò come uno dei mezzi più necessari per il promovimento della sua felicità. Se un ingegnere fosse convinto, per esempio, della bontà e della superiorità dei princìpi della fortificazione secondo Vauban, se egli in precedenza si fosse solennemente obbligato a riconoscere questo metodo || come il migliore di tutti i tempi e dopo la lettura delle opere di Montalambert si fosse rafforzato nella convinzione, che questo metodo è migliore ed il più idoneo, non potrebbe tuttavia astenersi dal cambiare opinione, se ciò che prima con pieno convincimento riteneva per vero, riconoscesse in prosieguo essere erroneo. Ancora nel XIV secolo era convinzione di tutto il mondo cristiano che non vi fosse alcun antipodo e che nella parte della terra a noi opposta non potesse esistere alcun paese ed alcun uomo. Persino un Concilio aveva dichiarato la affermazione degli antipodi un grossolano, assurdo ed acristiano errore. Ciònonpertanto questo convincimento dovette cambiarsi, allorchè, dopo la scoperta dell'America, e del cammino alle Indie attraverso il Capo della Buona Speranza, l'esistenza di questi antipodi fu portata in piena evidenza. Lo stesso vale per le materie religiose. Se anche questo o quel passo della Bibbia venne spiegato in un certo modo da tempi immemorabili, se i Libri Simbolici vennero dichiarati come l'unica e vera interpretazione, e tutti i Protestanti si fossero anche solamente impegnati ad accoglierla come vera per sempre, ciò tut-

p 512

tavia non potrebbe impedire ad alcuno di essi, non appena il suo intelletto comprendesse che questo passo secondo le leggi della logica, della filologia e dell'arte ermeneutica dovesse diversamente venire spiegato, di cambiare anche il suo convincimento e di considerare errore, ciò che sin qui aveva considerato verità.

Se quindi gli uomini non possono rinunciare al diritto di usare la loro ragione anche in materia di fede e di religione e di cambiare il loro convincimento in caso di cambiamento di idee, è evidente che essi non possono obbligare nè sè stessi, nè, tanto meno, i successori, ad una immutabilità della materia dottrinaria; essi quindi non potrebbero a nessuno e nemmeno al ‹ Landesherr › trasferire il diritto di emanare simili precetti. Il ‹ Landesherr › quindi, per via del trasferimento a lui effettuato dei diritti ecclesiastici sociali, non ha potuto conseguire nè alcuna facoltà di prescrivere ad alcuno dei suoi sudditi e tanto meno a tutte le Comunità religiose i *Libri Simbolici,* nè la autorizzazione a costringerle controla loro volontà al mantenimento dei precetti dottrinati già esistenti.

B) Veramente segue anche dalle sopra fatte osservazioni la massima altresì che nessun insegnante o predicatore è autorizzato...

[qui si interrompe il ‹ Vortrag › di C. G. Svarez sul diritto pubblico universale].

II

« Sul fine dello Stato »

8.

Le materie del diritto pubblico universale da un poco di tempo in qua costituiscono l'oggetto delle conversazioni della nostra società ed io credo che esse, particolarmente nel nostro attuale periodo, servano egregiamente a ciò, a fare dirigere, cioè, la nostra attenzione su quanto accade accanto ed intorno a noi: cosa, questa, importante, in quanto ad ognuno di noi deve interessare secondo le diverse situazioni od i diversi rapporti nei quali egli già si trova ovvero nei quali può venire a trovarsi domani, di avvicinarsi colla mente e col sentimento a talune verità di questa specie, al fine di sapere secondo quali principi egli debba indirizzare il suo comportamento negli eventuali casi futuri, sino a qual punto debba seguire la corrente delle opinioni, ovvero debba, potendo, opporsi alla stessa, ovvero ancora debba cercare di dare alla corrente in parola questa o quella direzione.

Spero quindi di essere perdonato se, anche quest'oggi, io propongo come oggetto delle nostre discussioni una di questa materie.

Per quanto ingegnosi fossero gli argomenti coi quali di recente uno dei nostri valorosi colleghi volle affermare che il diritto della Suprema Potestà dello Stato di fare tutto ciò che agevola la nostra felicità, dovesse venire dedotto da una obbligazione morale, e che quindi il più savio ed il migliore — che nel caso sia anche il più forte — è autorizzato a costringere gli altri uomini ad ubbidire alle sue leggi miranti al loro bene; tuttavia, se ben ricordo, ci siamo trovati d'accordo in stragrande maggioranza, che i diritti dello Stato non si potessero convenevolmente derivare da questa fonte, ma che si dovesse ricercare il fondamento degli stessi diritti nel così detto ‹ contratto sociale ›, in virtù del quale più uomini singoli o singole famiglie sono entrate in civile società e si sono || assogettati ad un comune potere supremo al fine di raggiungere lo scopo della loro associazione sotto la direzione e la guida dello stesso. p 640

Questo contratto sociale io presuppongo qui come indubitato, perchè sarebbe per me in parte inutile ed in parte estraneo al mio attuale intento, di volere ricordare o rinforzare gli argomenti riguardo alla sua esistenza.

La questione che qui oggi importa è solamente la seguente:

Quale è il fine per il cui raggiungimento deve ammettersi che detto contratto sociale venga concluso?

Io mi ricordo di avere udito più di una volta nelle discussioni sin qui avute, che dovrebbesi rispondere alla domanda dicendo che il fine dello Stato sarebbe solo quello della sicurezza delle persone e della proprietà contro altrui violenze ed usurpazioni, dal che sarebbesi tratta la conseguenza, che lo Stato avrebbe il diritto di limitare la libertà dei cittadini solo per quanto è necessario allo scopo di assicurare ad ognuno il pacifico possesso e godimento del suo. Questo principio è stato appunto affermato e difeso dai migliori scrittori negli ultimi lavori sulla costituzione francese, e sembra veramente che la Assemblea Nazionale lo abbia accolto come l'unica o quanto meno la più importante norma direttiva della sua legislazione. Io concedo anche volentieri che la sicurezza della persona e della proprietà possa essere il primo e più importante fine delle associazioni statuali, poichè è quanto mai verosimile ed anzi vorrei dire è certo, che la consapevolezza dei molteplici mali e pericoli ai quali ognuno nello stato di natura è esposto per difetto di protezione e di sicurezza contro le usurpazioni a danno dei suoi beni innati ed acquisiti, possa avere indotto da prima gli uomini a dare vita alla organizzazione statuale, rimettendo nelle mani del principe le forze unite di tutta la società, affinchè la vista ed il peso di una tale quantità di forze riunite che è presente qui, per la protezione di ogni singolo e che può venire messa in moto in ogni momento, possa dissuadere chiunque entro e fuori la società dall'offendere e danneggiare i membri della stessa.

Io concedo inoltre che questo principio sia abbastanza fecondo, perchè si possano da esso dedurre e determinare la parte di gran lunga maggiore di tutti i diritti e di tutti i doveri tra principe e sudditi, massimamente se si prende la parola ‹il proprio› nel senso più ampio, cioè nel senso di indicare tutto ciò in cui ognuno deve essere protetto dallo Stato, in quanto anche il libero uso ed il perfezionamento delle capacità e delle forze di ognuno || allo scopo della sua felicità e del suo benessere secondo quanto appare meglio al suo convincimento ed alla sua intelligenza vi è ricompreso. (p 641)

Persino il diritto dello Stato di stabilire contrassegni dai quali possa giudicarsi e riconoscersi se un diritto di proprietà od altro diverso venne acquistato od anche perduto, scaturisce naturalmente da questo principio, perchè se lo Stato deve proteggere ognuno nel suo, all'eventuale difetto in molti casi di naturali motivi di certezza, dai quali possa venire riconosciuto cosa appartenga al patrimonio di questo o di quello, deve venire necessariamente rimediato mediante positiva determinazione universalmente accettata. Parimenti scaturisce dallo scopo del mantenimento della universale tranquillità e sicurezza il diritto dello Stato — in caso di convergenza tra i desideri e gli sforzi di più persone miranti contemporaneamente all'acquisto od alla conservazione dello stesso bene, pur se una sola di esse possa raggiungere il fine desiderato — di determinare regole, secondo le quali possa stabilirsi chi debba avere la precedenza, onde possano tôrsi via i motivi di liti e di dissidi tra i membri della civile società. Anche quelle disposizioni del potere supremo dello Stato, per via delle quali i cittadini vengono indirizzati, ed al caso costretti, col fare o col dare, ad operare per il bene comune, si fanno completamente difendere e giustificare per

via dello stesso fine in tanto, in quanto queste disposizioni veramente abbiano di mira di mantenere e rafforzare il vincolo che unisce tutti i cittadini dello Stato tra di loro, nonchè tra di loro ed il Principe, perchè dal mantenersi o dal cadere di questo vincolo dipende il mantenimento della pace e della sicurezza di ogni singolo.

Con tutto ciò io dubito tuttavia che siasi esaurito il tema, quando non si voglia porre il fine dello Stato solo nella protezione e nella universale difesa contro le violazioni della proprietà e dei diritti del singolo e non si vogliano negare tutte quelle altre facoltà del potere supremo dello Stato, che non si possano riconnettere all'uno od all'altro di questi due fini.

9.

In qualsiasi ben ordinato Stato noi troviamo invero una quantità di regolamenti e di attività del supremo potere alle quali ci assoggettiamo senza brontolare ed anzi di buon grado, senza riguardo al fatto che esse mirano solamente a tramutare certi mezzi doveri in vere obbligazioni, e semplici doveri morali in veri obblighi coattivi non per il bene di tutti, ma per quello di singoli cittadini. In altre parole: in ogni costituzione || statuale, anche la più perfetta, si presentano delle leggi, che ci costringono a procurare il bene di singoli altri uomini, pur se noi, secondo il diritto di natura, non saremmo in alcuna maniera a ciò tenuti. p 642

Così noi abbiamo, per esempio, delle leggi, che costringono i genitori a preoccuparsi non solo delle necessità fisiche dei figli, sin tanto che questi non possono provvedere a sè stessi, ma anche della loro istruzione e della loro educazione morale; che costringono i figli a prendersi cura dei genitori privi di mezzi e diventati poveri; che costringono un cittadino ad accollarsi la tutela del figlio minorenne di un altro. Tutte le leggi che esigono dai cittadini certi contributi per il mantenimento degli Ospizi di Carità appartengono pure a questa categoria, la quale potrebbe ancor di più allargarsi facilmente, con una gran quantità di altri esempi.

Vorremmo noi rigettare tutte queste leggi come antigiuridiche, come limitatrici della nostra libertà naturale, perchè non fondate sul fine dello Stato? Potremmo noi negare che esse, solamente che siano concepite con saviezza e moderazione, contribuiscono straordinariamente ad aumentare il benessere dello Stato e ad aumentare la somma della civile felicità? come potremmo noi quindi spacciarle come errore della costituzione dello Stato, e non ritenerle necessarie, quasi che non fossero fondate sul fine dello Stato?

Per lo stesso motivo per cui si ammette che l'uomo entrando nello Stato del diritto naturale ha voluto e potuto rinunciare a difendersi colla propria forza nel possesso e nel godimento del suo e ad essere giudice di sè stesso in caso di contrasto; perchè non si dovrebbe potere ammettere che egli, con questo passaggio, abbia anche voluto e potuto obbligarsi ad azioni colle quali viene procurato il bene di un altro singolo concittadino? È tuttavia indiscusso che siffatte azioni per via delle quali l'uomo fa felici gli altri intorno a lui, ridondano alla fine a favore anche della sua felicità,

e che proprio codesto era il fine supremo per cui l'uomo ebbe a rinunciare alla sua naturale indipendenza fondando la società civile.

D'altro lato non si può negare che la massima: «essere fine dello Stato di obbligare coattivamente i suoi cittadini ad azioni per il pratico promovimento del bene di singoli concittadini», presa in questa ampiezza sembri contenere in sè stessa una contraddizione la quale è estremamente pericolosa per la civile libertà.

p 643 Virtù imposte per legge cessano di essere virtù: si fa perdere ad esse || tutto il loro valore e si abolisce la moralità, che tuttavia si vuole favorire, se ci si permette di assoggettarle alla costrizione della legge. Rimane, è vero, la differenza in sè, se la azione dettata dalla benevolenza viene compiuta solo per motivi morali ovvero per timore della sanzione penale della legge. Alla fine tuttavia i motivi della prima specie si perdono del tutto, perchè quelli della seconda fanno una impressione più oggettiva e sensibile, e noi tutti, alla fine, ci cambiamo in Cinesi che sono moltissimo cortesi, perchè la cortesia là è ordinata sotto pena di colpi di bastone, ma che però non si danno pena, solo che sappiano e possano, di tradire e di ingannare con gran gioia la stessa persona, che poco prima hanno riverito con profondi inchini.

Solo che si conceda ai nostri principi ed ai loro funzionari di ordinare per legge delle azioni moralmente buone, verremmo ad avere una legislazione ‹ à la Chinoise › dal che ci sarebbe da aspettarsi in prosieguo un abbondante introito per le casse delle contravvenzioni e per quelle penali.

È dunque certamente molto difficile di mantenere su questo punto il giusto mezzo, da un lato, senza legare troppo le mani allo Stato, e, dall'altro, senza incorrere in presumibili abusi, colle conseguenti ingiuste limitazioni della naturale libertà.

10.

Se dovessi fare delle proposte come questa via di mezzo possa venire il più sicuramente delineata, proporrei le seguenti massime:

1. Lo Stato è autorizzato a dare vita ad Istituti per via dei quali possano venire risvegliati, mantenuti e rafforzati i motivi morali per l'esercizio dei doveri della benevolenza negli animi dei suoi cittadini. Mi riferisco qui a tutti gli Istituti di istruzione e di educazione e, generalmente, a tutto ciò che giova al promovimento della vera ‹ Aufklärung ›.

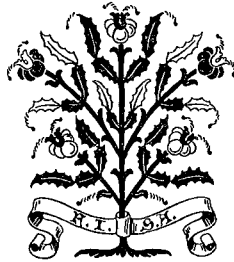
2. Lo Stato è autorizzato, per la fondazione e per il mantenimento di tali Istituti, ad esigere contributi da quelli dei suoi cittadini che possano farne uso. Per vero «jus ad finem dat jus ad media».

3. Lo Stato è autorizzato a tramutare mercè la legge tali imperfetti doveri in doveri coercitivi, quando, con convincente certezza, sia lecito supporre che la trascurata osservanza degli stessi impedirebbe immediatamente ed in via diretta il raggiungimento del fine supremo dello Stato, ovvero avrebbe per conseguenza il discioglimento del vincolo della civile società.

4. Se è possibile applicare le forze e le capacità di una persona al promovimento della felicità di un'altra, così che ||, per via di ciò, la prima non venga impedita nel libero uso di queste sue forze e capacità per il promovimento della sua propria felicità, lo Stato è autorizzato a disporre in tal senso. p 644

Confesso che questa massima ha un carattere più che altro speculativo, e che a me stesso non è abbastanza chiaro, se un caso di tal genere possa veramente presentarsi.

In ordine a ciò io desidero di essere illuminato, così come io stesso, riguardo al contenuto di questo mio fuggevole articolo il cui oggetto, però, per il diritto pubblico universale e per la teoria della legislazione è certamente molto importante, sarò lieto di approfondirne l'argomento.

SVAREZ

INDICE ANALITICO
DEI NOMI DI PERSONA, DEI TOPONIMI E DELLE ISTITUZIONI

INDICE SOMMARIO

PARTE PRIMA

TAVOLE FUORI TESTO

La stampa di questo volume quinto dell'Archivio
della Fondazione italiana per la storia
amministrativa, è stata ultimata presso la
Società Tipografica «Multa Paucis»
in Varese il 5 dicembre 1966